Vangerow, Karl Adolph <<von>>,

Lehrbuch der Pandekten

Bd.: 1,1

Marburg [u.a.] 1851

Lehrbuch

der

Pandekten.

Von

Dr. Karl Adolph von Vangerow,

Großherzoglich Badischem Geheimenrath und ordentlichem Professor des Rechts zu Heidelberg, Ritter des Ordens vom Zähringer Löwen.

Ersten Bandes erste Abtheilung.

Sechste vermehrte und verbesserte Auflage.

Marburg.

Verlag der Elwert'schen Universitäts-Buchhandlung.

1851.

Vorrede zur ersten Auflage.

Ich halte es für ein wesentliches Erforderniß einer Pandekten-Vorlesung, daß die mündliche Entwickelung des Lehrers sich nicht blos fragmentarisch über viele Einzelheiten verbreite, sondern das Ganze des Systems in seinem organischen Zusammenhange den Zuhörern zur Anschauung bringe. Gerade hierbei nämlich ist das lebendige Wort des seines Stoffs völlig mächtigen Lehrers von der höchsten Bedeutung, und ein so vorzügliches Hilfsmittel für scharfe und richtige Auffassung, daß dasselbe wohl schwerlich durch das blose Studium eines, wenn auch noch so ausgezeichneten Lehrbuchs, vollständig ersetzt werden kann. Natürlich setze ich dabei einen eigentlich freien Vortrag voraus, also einen solchen, bei welchem der Lehrer im Augenblicke des Vortrags wahrhaft selbstthätig ist. Diktirende und lesende Vorträge sollten billiger Weise gar nicht mehr gehalten werden, denn sie sind nicht nur geisttödtend für den Lehrer, und wohl geeignet, ihm seinen Beruf zu einer

wahren Plage zu machen, sondern ihnen fehlt auch nothwendig die eindringliche Lebendigkeit, die dem mündlichen Unterrichte gerade seinen wahren Werth giebt.

Es ist nun meiner Ansicht nach für solche Vorträge eher hinderlich, als förderlich, wenn man ein ausgeführtes Lehrbuch zu Grunde legt; denn nicht nur, daß der Lehrer Anstand nehmen wird, das, was in dem Kompendium steht, und ihm freilich sehr klar und deutlich ist, nochmals mündlich vorzutragen, so wird sich auch häufig zeigen, daß der Zuhörer einer solchen Entwicklung nicht die erforderliche Aufmerksamkeit zuwendet, „weil ja das Lehrbuch schon dasselbe mit andern Worten enthalte". So erklärt es sich denn freilich sehr natürlich, daß wirklich fast überall, wo ein ausgeführtes Lehrbuch zu Grunde gelegt wird, die wesentliche Thätigkeit des Lehrers nur darauf gerichtet ist, in aller Breite spezielle Ausführungen zu einzelnen Sätzen dieses Lehrbuchs zu geben, namentlich, wenn dieselben bestritten sind; im Uebrigen aber, also gerade da, wo die Beihülfe des Lehrers ganz vorzüglich wünschenswerth wäre, wird der Zuhörer auf das Studium des Kompendiums verwiesen. So entsteht denn nicht sowohl eine Pandekten-Vorlesung, als vielmehr ein Vortrag über einzelne auserwählte Stücke der Pandekten, oder über jus civile controversum, ein Vortrag, der gewiß auch seinen Nutzen hat, aber nur nicht den, welcher durch eine eigentliche Pandekten-Vorlesung erreicht werden soll.

In gewisser Weise muß ich daher die h. z. T. sich immer mehr, namentlich auch unter jüngeren Dozenten, verbreitende Sitte, Vorträge nach einem *blosen Grundrisse* zu halten, für einen wahren Fortschritt in der Methode halten, denn nicht nur der Lehrer muß dann die Entwickelung des Ganzen zum wesentlichen Gegenstande der Vorlesung machen, sondern auch für die Zuhörer ist es ein unabweisliches Bedürfniß, allen solchen Ausführungen mit vollster ungetheilter Aufmerksamkeit zu folgen. Sehr gewöhnlich fallen aber solche Vorträge in den umgekehrten Fehler, daß darin auch eben nichts weiter gegeben wird, als eine ziemlich allgemein gehaltene Entwickelung des Systems im Ganzen, wie es sich bei dem Lehrer gestaltet hat. Es muß aber eine Pandekten-Vorlesung, wenn sie ihren Zweck vollständig erreichen will, dem Zuhörer auch Untersuchungen vor Augen legen, die in das feinste Detail eingehen; denn dies wird nicht nur durch den unmittelbaren praktischen Zweck einer solchen Vorlesung dringend erheischt, sondern es wird auch gerade durch solche Ausführungen ganz vorzüglich auf Erweckung und Belebung des juristischen Sinns der Zuhörer gewirkt, worauf um so mehr Rücksicht genommen werden muß, da man mit Recht die Pandekten-Vorlesung als die eigentliche Basis der juristischen Bildung betrachtet. Außerdem aber darf auch der Lehrer sich nicht blos auf die Entwickelung seiner individuellen Ansicht beschränken, sondern auch die abweichenden Meinungen Anderer haben Anspruch auf Berück-

sichtigung. Eine detaillirte Dogmengeschichte in den Kreis der Pandekten-Vorlesung zu ziehen, ist freilich unmöglich; aber gewiß mit Recht wird an den, die Universität verlassenden, Juristen die Anforderung gemacht, daß er mit dem jetzigen Stande der Wissenschaft vertraut, und ihm wenigstens die bedeutenderen Streitfragen unserer Zeit, nicht blos dem Namen, sondern auch ihren wesentlichen Gründen nach, nicht fremd seien.

Diesen letzteren Ansprüchen an eine Pandekten-Vorlesung genügt nun, wie gesagt, ein Vortrag nach einem blosen Grundrisse wohl niemals, und es ist dies freilich auch nicht anders möglich, wenn die einer akademischen Vorlesung angewiesenen Zeitgrenzen nicht weit überschritten werden sollen. Sehr passend wird nun meines Erachtens diesem Mangel dadurch begegnet, daß mit einem solchen Grundriß eine größere Zahl spezieller Ausführungen verbunden, und dabei auch namentlich auf die abweichenden Meinungen Anderer die entsprechende Rücksicht genommen wird. Zwar muß der Lehrer die meisten so besprochenen Punkte doch auch wieder in seinen mündlichen Vorträgen berühren; aber es fällt in die Augen, daß dieses in einer sehr viel weniger Zeit raubenden, und doch mehr geeigneten Weise geschehen kann, als wenn erst das ganze weitschichtige Material den Zuhörern punktenweise mitgetheilt werden müßte.

In diesem Sinne nun ist der vorliegende Grundriß ausgearbeitet, der sich von den bisherigen Hilfsmitteln für

Pandekten-Vorlesungen namentlich durch die sehr beträchtliche Anzahl mehr oder weniger ausführlichen Anmerkungen unterscheidet. Gerade diese wesentliche Verschiedenheit in der ganzen Anlage gab mir auch den Muth zur Veröffentlichung desselben; denn ich durfte mich der Hoffnung hingeben, daß ein Buch, nach diesem Plan ausgearbeitet, nicht blos meinen individuellen Bedürfnissen für meine Vorlesungen entsprechen, sondern auch in einem größeren Kreise nützlich sein würde. Namentlich glaubte ich mir den Dank tüchtiger Praktiker zu verdienen, wenn ich ihnen in gedrängter Kürze eine kritische Darstellung neuerer Untersuchungen über eine bedeutende Zahl zivilistischer Rechtsfragen darböte.

Ob die Ausführung dieses Planes wirklich nicht ganz ungenügend, und ob durch meine Arbeit auch die Wissenschaft gefördert sei? darüber erwarte ich das Urtheil kompetenter Richter. Wenigstens beabsichtigte ich nicht Materialien blos zu kompiliren, sondern meine Aufgabe war es, dieselben auch kritisch zu sichten. Dadurch haben nun viele Ausführungen einen polemischen Anstrich erhalten, der Manchem für ein Buch, was hauptsächlich auch zum Gebrauche bei Vorlesungen bestimmt ist, nicht ganz passend erscheinen möchte. Ich kann diese Meinung nicht theilen. Eine Polemik, wie sie hier allein vorkommt, die durchaus nur die Sache, nicht die Person in's Auge faßt, kann meines Erachtens niemals gehässig sein, und sie hat auch auf Studirende gewiß nur den erfreulichen Einfluß, daß

sie dadurch zu eigenem schärferen Prüfen angeregt werden. Nur an einigen wenigen Stellen kommen scheinbar harte Aeußerungen vor; aber dieselben sind gegen einige neuere und neueste Erscheinungen der zivilistischen Literatur gerichtet, die mit der dünkelhaftesten Anmaßung eine so unglaubliche Absurdität verbinden, daß jeder Urtheilsfähige meine Aeußerungen darüber für höchst glimpflich und mäßig halten muß. Bei dergleichen Produkten kann gar nicht von einer wissenschaftlichen Polemik, sondern nur davon die Rede sein, daß man sie, wie sie verdienen, öffentlich an den Pranger stelle. — — —

Marburg im August 1838.

Der Verfasser.

Vorrede zur sechsten Auflage.

Die lange Zeit, die von dem Erscheinen der ersten Lieferungen dieses Werkes an bis zur gänzlichen Beendigung desselben verflossen ist, brachte es mit sich, daß schon vor dessen Vollendung mehrere neue Auflagen nöthig wurden. Wollte ich nicht die Beendigung des Ganzen in unbestimmte Ferne hinausrücken, so mußte ich während dieser Zeit auf eine neue Bearbeitung der früher erschienenen Theile verzichten, und so waren denn die neuen Auflagen nichts als blose Abdrücke, wie auch in den kurzen Bevorwortungen derselben bemerkt worden ist. Gewiß hat Niemand das Bedürfniß einer gründlichen Revision tiefer empfunden, als ich selbst, und nur der sehr natürliche, und durch die Rücksicht auf meine Vorlesungen mir besonders nahe gelegte Wunsch, möglichst bald das ganze Werk zu vollenden, konnte mich dazu bestimmen, in die öfter wiederholte Veranstaltung solcher unveränderten Abdrücke einzuwilligen. Worauf ich bisher mit wahrem Leidwesen verzichten mußte, das habe ich nun in der gegenwärtigen Auflage, deren Anfang ich hier dem juristischen Publikum vorlege, mit redlichem Eifer nachgeholt, und ich darf dieselbe wohl mit

vollster Berechtigung eine wesentlich verbesserte und vermehrte nennen. Wenn auch der Plan des Buchs im Ganzen völlig unverändert geblieben ist, so wird doch der flüchtigste Blick auf jedem einzelnen Blatte die bessernde und nachhelfende Hand leicht erkennen, nicht blos darin, daß zahlreiche neue Ausführungen hinzugekommen sind, sondern vorzüglich auch darin, daß wohl keine einzige aus den früheren Auflagen herübergenommene Darstellung ohne mehr oder weniger wesentliche Vervollständigung und Berichtigung geblieben ist; und in welchem Umfange solche neue Zusätze gemacht sind, kann schon daraus ermessen werden, daß allein in dieser ersten Abtheilung des ersten Bandes die Seitenzahl von 300 auf 435 gestiegen ist. Wenn übrigens viele dieser Zusätze den Charakter der Abwehr gegen erhobenen Widerspruch an sich tragen, so wird der unpartheiische Beurtheiler darin gewiß keine eitle Rechthaberei erblicken; ich habe an zahlreichen Stellen dieser neuen Bearbeitung thatsächlich bewiesen, daß ich mich keiner bessern Einsicht eigensinnig verschließe, und daß ich begründeten Tadel wohl zu schätzen weiß; wo ich ihn abwehre, da ist dies lediglich der Ausdruck meiner wissenschaftlichen Ueberzeugung, welche aufzuopfern ich freilich selbst den Koryphäen unsrer Wissenschaft gegenüber nicht gesonnen bin.

Heidelberg im November 1850.

v. Vangerow.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten Anmerkungen hin).

Zweites Kapitel. Von Personen. (S. 74—117).

*

Sechstes Kapitel. Von Verfolgung, Vertheidigung und Sicherung der Rechte. (S. 209—377.)

Einleitung.

I. Begriff des Pandekten=Rechts. §. 1.

Anm. Vogel, Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftliche Stellung des Pandekten=Rechts, nebst einem Grundriß des Oblig. R. Leipz. 1831, Göschen, Vorles. über d. gem. Zivilr. I. §. 1. 2, Savigny, Syst. I. §. 1—3, Puchta, Vorles. über das heut. röm. Recht I. S. 1 fgg.

II. Von den Quellen des Pandekten=Rechts.

1) Die Justinianischen Rechtsbücher. §. 2.

Anm. 1. Von der Geschichte der Justinian. Gesetzgebung, von den verschiedenen Bestandtheilen derselben und deren mannichfachen Eintheilungen, von den Handschriften und Ausgaben muß in andren Vorlesungen die Rede sein; vgl. darüber Spangenberg, Einleit. in das römisch=justinian. Rechtsbuch oder **corp. jur. civ. Rom.** Hannover 1817, Boecking, Institut. Bd. I. §. 21. S. 55—88. Hier sollen daher nur die wichtigsten Ausgaben des gesamten s. g. Korpus juris civilis, und der einzelnen Theile desselben, angegeben werden.

I. Unter den glossirten Ausgaben des **corp. jur.** ist hervorzuheben die letzte, **stud. et opera** *Jo. Fehii.* **Lugd. 1627. VI voll. fol.**; unter den nichtglossirten aber sind auszuzeichnen:

1) Die Russard'sche. Lugd. 1560. 61. fol.; Abdrücke davon Antverp. 1566. 67. und 1569. 70. IX. voll. 8.

2) Die *Contiana*. Lugd. 1571, eine sehr nette und korrekte Ausgabe in 14 — nicht, wie gewöhnlich gesagt wird, in 15 — Bänden in kl. 8 (7 Bände für Pandekten, 2 Bde. für Koder, 2 Bde. für Novellen, 1 Bd. für Institut., 1 Bd. Justiniani Edicta, item Justini, Tiberii ac Leonis Novellae, 1 Bd. Register).

3) Die Ausgabe von *Charondas*, Antverp. 1575, 5 voll. fol. (meistens in 2, oder auch in 1 Bd. gebunden).

4) Die Ausgabe von *Pacius*, Genev. 1580. fol., meistens in 1 Bd. gebunden.

5) Die zahlreichen Gothofred'schen Ausgaben, theils mit, theils ohne Noten. Unter den erstren, mit Noten versehenen, wird besonders geschätzt die von *Sim. van Leeuwen*. Amstel. 1663. fol. besorgte, und der Nachdruck dieser Ausgabe Francof. ad Moen. 1663. 4. („mit geschlungenen Händen"). Unter den Ausgaben ohne Noten sind besonders beliebt die sehr netten Elzevir'schen Ausgaben in 8. Amstel. 1664. („pars secundus"), 1681, 1687, 1700.

6) Die Göttinger (oder auch Gebauer-Spangenberg'sche) Ausgabe, 2 voll. gr. 4. Gott. 1776. 1797.

7) Die Beck'schen Ausgaben, Lips. 1825 fgg. 5 voll. 8, und stereotypirt 2 voll. 4.

8) Die Kriegel'sche Ausgabe, Lips. 1833 fgg. III voll. 4. (Die Institutionen und Pandekten sind von den Gebr. Kriegel, der Koder von Hermann, die Novellen von Osenbrüggen besorgt worden). Zum regelmäßigen Handgebrauch ist diese Ausgabe vor allen andren zu empfehlen.

II. Was die Ausgaben der einzelnen Theile des corp. jur. betrifft, und zwar

1) der Institutionen, so sind hervorzuheben:

a) Die editio princeps (mit der Glosse). Mogunt. 1468. fol.

b) Die unglossirte von *Haloander*. Noremb. 1529. 8.

c) Die Ausgabe von *Jac. Cujacius*. Par. 1585. fol.

d) Die Ausgabe von Biener. Berl. 1812.

e) Vor allen die vortreffliche Ausgabe von Schrader. Berol. 1832. gr. 4. (auch als erster Band einer großartigen Gesammt-Ausgabe des corp. jur.), und stereotypirt 1836. kl. 8.

2) Pandekten:

a) Die editio princeps (mit der Glosse), und zwar: *Digestum vetus*, Perus. (Henr. Clayn) 1476, *Dig. infort.*, Rom. (Vitus Puecher) 1475, *Dig. novum*. Rom. 1476.

b) Die so berühmte und mit Recht hochgeschätzte *Haloandrina*. Noremb. 1529. 4. (gew. in 2 oder 3 Bände gebunden.)

c) Die kostbare Florentiner oder Torelli'sche Ausgabe, Florent. 1553 fol. (in 2, 3 oder 4 Bänden).

3) Koder.

a) Die editio princeps, und zwar für die ersten neun Bücher. Mogunt. per Petr. Schoyffer de Gernsheym. 1475. fol., und für die drei letzten (nebst dem Authent.) Rom. 1476. fol.

b) Die Haloandr. Noremb. 1530. fol.

4) Novellen.

a) Die edit. princeps. Rom. 1476. fol.

b) Die Haloandr. Noremb. 1531. fol.

c) Die Ausgabe von *Henr. Scrimgerus*. Genev. 1558. fol.

d) Die Ausgabe von *Agylaeus*. Colon. 1560. 8.

e) Novellae constitutiones — — — ex graeco in latinum conversae et notis illustratae a *J. F. Hombergk* zu Bach. Marb. Catt. 1717. 4.

f) Eine neue mit umfassendem kritischem Apparat ausgestattete Ausgabe des Authenticum hat G. E. Heimbach besorgt: Authenticum. Novellar. constitutionum Justiniani versio vulgata. Lips. 1846 sqq.

Anm. 2. Als unentbehrliche Hülfsmittel zum Verständniß des Korpus juris, und insofern fast als Quellen des Pandektenrechts, sind auch noch die zahlreichen Schriften des Vorjustinianischen Rechts zu betrachten, welche mit mehr oder weniger Vollständigkeit gesammelt sind in:

Jurisprudentia vetus Ante-Justinianea ex recens. et cum not. *Ant. Schultingii*. Lugd. Bat. 1714. 4. edit. nova praef. est Ayrer. Lips. 1737. (noch immer wegen der zahlreichen Notae variorum höchst schätzbar).

Jus civile Antejustinianeum codicum et optimar. edition. ope a societate jurisconsultor. curatum; praefatus est *Gust. Hugo*. Berol. 1815. 2 voll. 8.

Corpus juris Rom. antejustin. Consilio professorum Bonnensium *E. Böckingii* et *A. Bethmann-Hollwegii* et dum in vivis erat *E. Puggaei* curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. F. Barkovio, F. Blumio, J. F. L. Goeschenio, G. Haenelio aliisque; praef. est *E. Boeckingius*. Bon. 1835 sqq., bis jetzt fasc. I—VI. (bei Weitem das vollständigste und vorzüglich empfehlenswerthe Sammelwerk).

Diese Schriften des Vorjustinian. Rechts sind uns theils un-

mittelbar, theils in Sammlungen erhalten, und die bedeutenderen sollen hier aufgeführt werden.

I. Unter den unmittelbar auf uns gekommenen sind hervorzuheben:

1) **Gaii institutionum commentarii IV.**, ein glänzender Fund des neunzehnten Jahrhunderts, wodurch wir, besonders im vierten Buche, vieles ganz Neue erfahren haben, und eine große Menge von Irrthümern berichtigt sind, vgl. Schrader, was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gai. Institut.? in Heidelb, Jahrb. 1823. No. 60—64, auch besonders abgedruckt Heidelb. 1823. und *Haubold*, **quantum fructum ceperit Rom. jurisprud. e Gaii instit. genuinis; in opusc. edid.** *Wenk.* **vol. I. pag.** 665 sqq. Ueber die Geschichte des Funds, über die Handschrift und die Bemühungen des Herausgebers ist die Vorrede zu Göschen's trefflicher Ausgabe nachzusehen. Einen vollständigen Kommentar über diese wichtigste unter den uns erhaltenen Schriften haben wir bisher noch nicht; doch sind folgende Beiträge zu bemerken: Gans Scholien zu Gaius. Berl. 1821 (für die drei ersten Bücher); *Dupont* **disquisitiones in commentar. quart. institutionum Gaii. Lugd. Bat.** 1822; v. Brockdorf, die Institutionen-Kommentare des Gaius aus dem Latein. mit Bemerkungen. Schlesw. 1824; *Elvers*, **promtuarium Gaianum. Gött.** 1824; *Heffter*, **Gaii institutionum commentarius quartus. Berol.** 1827. Eine Reihe trefflicher kritischer Bemerkungen zu Gaius hat Huschke gegeben in seinen Studien des römischen Rechts. S. 168—336 und in d. gesch. Zeitschr. XIII. S. 348 fgg., und die neuesten Handausgaben sind von Heffter. Bonn 1830. 12, Boecking. Bonn 1841. und Lachmann. Bonn 1841. besorgt worden. Für das genauere Studium unentbehrlich sind die größeren Göschen'schen Ausgaben, von denen die dritte und vollständigste nach dem Tode Göschen's von Lachmann besorgt worden ist, Berol. 1842.

2) Zugleich mit den Institutionen des Gaius wurde aufgefunden und entziffert das Fragment einer alten juristischen Schrift, *de jure fisci*, deren Verfasser wahrscheinlich Paulus ist, wie aus einer Vergleichung des §. 19. mit l. 45. §. 3. de jure fisci hervorgeht; doch ist dies sehr streitig, vgl. Göschen's Vorrede zu Gaius, edit. II. p. 63. not. 71, edit. III. p. 57. not. 71, *Walch* **de aetate fragm. vet. ICti de jure fisci. Jen.** 1838, Dirksen, verm. Schriften I. 2, Lachmann in der gesch. Zeitschr. XI. S. 110 fgg., (Heimbach) im Leipz. Repertor. 1843. H. 30. S. 146 fgg. Edirt wurde dieses, nicht unwichtige, Fragment von Göschen und Lachmann zugleich mit Gaius, und von

Boecking hinter dessen Ausgabe von Ulpian's Fragmenten, und im Bonner corp. jur. antej. I. p. 157 sqq.

3) Vor Auffindung dieser neuen Quellen waren das Hauptwerk die s. g. Fragmente Ulpian's, oder, wie sie in der einzigen authentischen Vatikanischen Handschrift (vgl. darüber Gött. gel. Anz. 1812. Nr. 14, Hugo's Magaz. IV. 13, Zeitschr. für gesch. Rw. I. 13, IX. 6; s. jedoch auch Heimbach über Ulp. Fragm. Leipz. 1834. S. 1 fgg., Hall. Jahrb. 1838. S. 246 fgg., Leipz. Repert. 1843. H. 29. S. 93 fgg.) genannt werden, die **XXIX. tituli ex corpore Ulpiani.** Diese sehr wichtige und auch durch Gaius nicht entbehrlich gewordene Schrift ist sehr wahrscheinlich ein Bruchstück aus Ulpians **liber singularis Regularum** (vgl. *Ulp.* XX. 6. mit I. 47. de testib.; *Ulp.* V. 6. 7. mit Collat. VI. 2, und *Ulp.* XXVI. 1. mit Coll. XVI. 4; *Schilling* diss. crit. de Ulp. fragmentis. Vratisl. 1824), obwohl Hugo stets dieser Annahme widersprochen, und auch Heimbach über Ulpians Fragmente. Leipz. 1834. eine ganz andere Meinung vertheidigt hat, vgl. auch Leipz. Repert. a. a. O. S. 97 fgg. — Kommentare zu Ulpian finden sich bei *Schulting* jurisprud. antejust. pag. 537 sqq., bei *Meermann,* thesaur. VII. p. 739 sqq., und in der Ausg. des *Cannegieter*, Lugd. Bat. 1774. 4. Die besten Handausgaben sind von Hugo (ed. quinta. Berol. 1834), und von Böcking. Bonn 1831 und 1836. 12. besorgt; die letztere ist auch wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 121 sqq., während im Berliner jus civile antejust. die Hugo'sche Ausgabe, und zwar die dritte, zu Grunde liegt. Interessante Beiträge zur Berichtigung des Textes finden sich bei *Schilling* animadv. crit. ad Ulp. fragm. spec. 1—4. Lips. 1830. 31, Lachmann in der gesch. Zeitschr. IX. 7, (Heimbach) im Leipz. Repert. a. a. O. S. 101 fgg. — Ueber ein kürzlich zu Wien entdecktes Fragment aus Ulpian's Institutionen s. man v. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. Rw. IX. Abh. 1. und Rudorff ebendas. Abh. 2.

4) Als Anhang einer Schrift des Dositheus, eines griechischen Grammatikers aus dem Anfang des dritten Jahrhunderts, findet sich ein griechisches Bruchstück einer juristischen Schrift, und auch eine alte lateinische Uebersetzung desselben, welche besonders für die Lehre von den Freilassungen wichtig ist. Es wurde zuerst blos lateinisch herausgegeben von Pithou 1523, und hiernach auch von *Schulting*, jurispr. antej. pag. 803 sqq., später griechisch und lateinisch von *Röver*, fragm. veter. ICti de juris speciebus et de manumissionibus. Lugd. Bat. 1739, und hiernach auch von *Beck* im Berliner jus civ. antej. tom. I.

pag. 251 sqq. Die neueste kritische Ausgabe hat *Boecking* im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 214 sqq. besorgt. — Man hat dieses Fragment oft dem Ulpian zugeschrieben, ja es sogar für eins und dasselbe mit den s. g. Fragmenten desselben gehalten, vgl. *Meerm.* ad Ulp. init. §. 1, aber gewiß irrig. *Schilling*, diss. crit. de fragm. jur. Rom. Dositheano. Lips. 1819. pag. 38 sqq. Viel wahrscheinlicher, obgleich nicht nöthig, ist die Meinung Schilling's a. a. O., daß es eine Kompilation aus mehreren juristischen Schriften sei. Uebrigens sprechen gute Gründe dafür, daß das lateinische Original verloren gegangen ist, und der lateinische auf uns gekommene Text eine, wohl nicht von Dositheus selbst herrührende Rückübersetzung der griechischen Uebertragung desselben ist, *Schilling* cit. pag. 26 sqq. vgl. jedoch auch Lachmann Versuch über Dositheus. Berl. 1837. — Die in eben jener Schrift des Dositheus erhaltenen, und unter Andern von *Schulting* jurispr. antej. pag. 855 sqq. und von *Boecking* im Bonner corp. jur. antej. pag. 139 sqq. edirten *sententiae et epistolae Hadriani Imperatoris* sind von keiner großen Bedeutung.

II) Außer diesen unmittelbar uns erhaltenen juristischen Schriften sind auch noch folgende uns erhaltenen Sammlungen von nicht geringer Wichtigkeit:

1) Die von Mai im Vatikan gefundenen, und deshalb gewöhnlich s. g. *fragmenta Vaticana* (bei Hugo: Mai's Palimpsesten). Sie bilden eine wahrscheinlich zwischen 372. und 438. zum Zweck des Unterrichts, dem Plane nach sehr ausführliche Sammlung von Stellen aus römischen Juristen (insbesondere aus Paulus, Ulpian und Papinian) und kaiserlichen Konstitutionen, von der uns aber nur 7 Titel, und diese nicht einmal vollständig erhalten sind. Eine gute mit einem ausführlichen Kommentar und einigen Exkursen versehene Ausgabe ist von v. Buchholtz, Regim. 1828, und die neueste Handausgabe von Bethmann-Hollweg, Bonn 1833, besorgt worden; die letztere ist auch wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 229 sqq. Gute Ausführungen finden sich bei *Bruns* quid conferant Vatic. fragm. ad melius cognosc. jus Rom. Tüb. 1838.

2) Die s. g. *collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, auch oft nach den Anfangsworten *lex Dei* genannt, enthält eine Zusammenstellung von Mosaischen Gesetzen mit Stellen aus Schriften römischer Juristen und aus dem Gregorian. und Hermogenianischen Koder, aber schwerlich wohl auch, wie man früher gewöhnlich annahm, aus dem codex Theodos, vgl. dagegen *Haenel* ad leg. 6. C. Th. ad leg. Jul. de adult. (pag. 846) Leipz. Repert. 1843. H. 30. S. 150 fg. Huschke in d. gesch. Zeitschr. XIII. S. 3 fgg., weßhalb

es sehr wahrscheinlich ist, daß dieses Schriftchen gegen Ende des 4. oder im Anfang des 5. Jahrh. verfertigt worden ist, vgl. bes. Huschke a. a. O. — Sie ist kommentirt von *Schulting* **jurispr. antej. pag. 719 sqq.** und in der Ausg. von *Cannegieter,* **Francof. 1765. 4.** Die neuesten Editionen sind die von Biener im Berliner **jus civ. antej. II. pag. 1417 sqq.** und von Blume **lex Dei. Bonn. 1833** (wieder abgedruckt im Bonner **corp. jur. antej. I. pag. 305 sqq.**) Beachtenswerthe kritische Bemerkungen dazu finden sich bei Blume in der gesch. Zeitschr. X. 4, bei Lachmann ebendas. X. 5. und bei Huschke ebendas. XIII. S. 31 fgg.

3) Die s. g. ***consultatio veteris ICti***, d. i. eine zum Zweck von Rechtsgutachten verfertigte Zusammenstellung von Stellen aus dem Gregor., Hermog. und Theod. Kodex und den **sententiae** des Paulus. Sie ist kommentirt von *Schulting* **jurisprud. antej. pag. 811 sqq.,** und zuletzt herausgegeben von Biener im Berliner **jus civ. antej. II. pag. 1475 sqq.** und von Puggé im Bonner **corp. jur. antej. I. pag. 389 sqq.** — Die Zeit der Entstehung ist ungewiß; Rudorff in d. gesch. Zeitsch. XIII. 2. setzt sie, nicht ohne Wahrscheinlichkeit in die erste Hälfte des 5. Jahrhunderts.

4) Das Westgothische Rechtsbuch für Römer, oder das s. g. ***breviarium Alaricianum*** vom Jahr 506, welches für röm. Recht besonders deshalb von ausgezeichneter Wichtigkeit ist, weil es die benutzten Quellen unvermischt und im Ganzen auch unverdorben, nur freilich sehr verkürzt wiedergiebt. Es ist uns in zahlreichen, im Einzelnen freilich sehr von einander abweichenden Handschriften erhalten, und auch mehrere spätere Umarbeitungen sind auf uns gekommen, vgl. v. Savigny Geschichte des römischen Rechts im M. A. Bd. II. S. 36 fgg. Die einzige Gesammtausgabe dieses Rechtsbuchs war bisher von *Sichard*, Basel 1528 besorgt, während die einzelnen Stücke desselben mit den oft möglichen, aus andern Quellen genommenen Nachträgen sehr häufig edirt sind. Eine neue, auf wahrhaft großartigen Apparat gegründete Ausgabe hat jetzt Hänel vollendet: **lex Rom. Visigothorum ad LXXVI. libror. manu scriptor. fidem recognovit etc. Lips. 1847. 49.** Es enthält aber das Breviarium folgende Stücke in folgender Ordnung:

a) den *Theodosianus Codex* in 16 Büchern, wobei aber gegen ⅔ der übrigens unverkürzt gelassenen Konstitutionen ausgelassen sind. Glücklicherweise aber sind uns die meisten echt erhalten, und wenn auch seit Dutillet (**Par. 1550. 8.**) und Cujas (**Lugd. 1566.** und **Par. 1586. fol.**) dies nur von den 11 letzten Büchern galt, so sind doch auch die 5 ersten gerade für das Privatrecht wichtigsten, später durch die glücklichen Entdeckungen von

Peyron (codicis Theodos. fragmenta inedita ex Codice palimpsesto bibl. Taurinensis in lucem protulit atque illustravit Amad. Peyron. 1823. 4), von Closfius (Theodos. codicis genuina fragmenta ex membranis bibl. Ambrosianae Mediolanensis nunc primum edidit Clossius. Tüb. 1824. 8.) und von *Vesme* (vgl. krit. Jahrb. f. deutsche Rw. 1837 S. 91. S. 191. 1844. S. 789) mit vielen echten, bisher nicht bekannten Konstitutionen bereichert worden. Dieses bedeutende neue Material konnte natürlich von Beck, welcher den Theodos. Codex für das Berliner jus civ. antej. p. 275 sqq. bearbeitet hat, noch nicht benutzt worden, wohl aber ist es in ausgezeichneter Weise bearbeitet worden in der neuesten und weitaus besten Ausgabe von G. Hänel: Codex Theodosianus ad LIV. libror. manuscriptor. et priorum editionum fidem recognovit et annotat. crit. instruxit G. Haenel. Bonn. 1837 sqq., welche auch einen integrirenden Theil des corp. jur. antejust. bildet. Einen vortrefflichen Kommentar zum Theodos. Kodex hat Jac. Gothofredus bearbeitet, der von Ritter Lips. 1736 sqq. in 6 Foliobänden neu herausgegeben ist. (Der Fortgang der, gewiß überflüssigen, italienischen Ausgabe: Codex Theodos. ex manuscriptis codicib. et veterib. editionib. auctior et emendatior opera et studio *Caroli Baudi a Vesme* Cuneensis. Aug. Taur. fasc. I. 1839 fl. fol., scheint sehr zweifelhaft; vgl. krit. Jahrb. 1844. S. 785 fgg. u. 1847. S. 955 fg.).

b) Novellen von Theodos II, Valentinian III, Marcian, Majorian und Severus. Auch hier sind wir nicht auf das Breviarium beschränkt, indem wir aus mehreren Handschriften, unter denen die Ottobonische hervorragt, eine ziemliche Zahl von Novellen kennen, die nicht in das Breviarium aufgenommen sind, und unter ihnen auch mehrere von Leo und Anthemius. Die bei Weitem beste und vollständigste Ausgabe ist die von G. Hänel: Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II, Valentiniani III, Maximi, Majoriani, Severi Anthemii. Ad libror. manu scriptor. et editionum fidem recognovit et annotat. crit. instruxit G. Haenel. Bonn. 1844 (auch zum Bonner corp. jur. Antejust. gehörig). Außerdem sind noch hervorzuheben die Ausgaben von *Ritter* im 6. Bande des Gothofred. Codex Theodos. (besonders wegen des Kommentars), Amaduzzi (Rom. 1767) und Beck (im Berliner jus. civ. antej. II. p. 1217 sqq.)

c) Die Institutionen des Gaius in einem oder in zwei Büchern, denn die Handschriften weichen hierbei von einander ab, Göschen in Ztschr. f. gesch. Rw. II. S. 17. Sie sind erstaunlich

korrumpirt, und durch den Fund des Veronesischen Gaius für uns von keiner großen Bedeutung mehr. Kritische Bemerkungen dazu gab Meermann in thesaur. VII. pag. 675. sqq., und kommentirt wurden sie von *Schulting*, jurisprud. antej. pag. 1. sqq. Die neuesten Ausgaben besorgten Haubold im Berliner jus civ. antej. I. pag. 187 sqq. und Böcking im Bonner corp. jur. antej. pag. 1. sqq. (Dieser Westgoth. Gaius wird jetzt gewöhnlich zum Unterschied vom echten, Gaii Epitome zitirt.)

d) Die *receptae sententiae* des Paulus in 5 Büchern. Nachträge zu den im Breviarium enthaltenen Stücken geben, außer den Digesten, noch vorzüglich die collatio und consultatio, und die Vatikanischen Fragmente. Kommentare dazu lieferten *Cujac*, namentlich in der Ausgabe des Theodos. Kodex von 1586, *Schulting* jurisp. antej. pag. 187 sqq. und *Faber* in Meerm. thes. VII. pag. 689 sqq. Kritische Ausgaben besorgten Hugo (Berl. 1795), Biener im Berliner jus civ. antej. pag. 103 sqq., und Arndts Bonn 1833 (wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. pag. 41 sqq.)

e) 13 Titel des *codex Gregorianus* und

f) 2 Titel des *codex Hermogenianus*. Auch hierzu finden sich vielfache Nachträge, und Zusammenstellungen sind namentlich gemacht von *Cujac* (Genev. 1586) und *Schulting* jurispr. antej. pag. 681 sqq., während Beck im Berliner jus civ. antej. I. pag. 262 sqq. nur die in das Breviarium gekommenen Konstitutionen aufgenommen hat. Die bei Weitem vollständigste und neu geordnete Ausgabe der beiden Kodizes hat Hänel besorgt: Codicis Gregoriani et Codicis Hermogeniani fragmenta. Ad XXXV. libror. MStorum et prior. editionum fidem recognovit et annotatione critica instruxit *G. Hänel*, Bonn. 1835 (zum Bonner vorjustinian. Korp. jur. gehörig). — Ueber die s. g. *Institutio Gregoriani*, welche als besondres Rechtsbuch von Klenze in der gesch. Zeitschr. IX. 10. edirt worden ist, aber als solches gar nicht existirt, vgl. Hänel in d. krit. Jahrb. 1838. S. 587 fgg.

g) Ein ganz kleines Fragment aus Papinian's *responsa*, abgedruckt im Berl. jus civ. antej. pag. 247. und im Bonner corp. jur. antej. pag. *39.

5) Das unter dem Namen edictum Theoderici bekannte Gesetzbuch der Ostgothen, welches zwar blos aus römischen Rechtsquellen, und zwar neben kaiserlichen Konstitutionen hauptsächlich aus den sententiae des Paulus zusammengesetzt, aber wegen Vermischung und Verderbung derselben von geringem Werthe für römisches Recht ist. Es wurde zuerst nach 2 Handschriften von

Pithou als Anhang zu einer Ausgabe des Cassiodor. **Paris. ap. Sebastian. Nivellium 1579. fol.** herausgegeben, und findet sich auch in den bekannten Sammlungen von Georgisch (**corp. jur. German. antiqui p. 2199 sqq.**) und Canciani (**leges antiquae Barbarorum. I. p. 1 sqq.**). Die neueste Bearbeitung ist die von ***Rhon*** **commentatio ad Edict. Theoderici regis Ostrogothor. Hal. 1816. 4.** — Da nach den neuern Untersuchungen von Glöden, das röm. Recht im Ostgothischen Reiche. Jen. 1843. S. 22 fgg. es mehr, als blos wahrscheinlich ist, daß bei dieser Legislation auch das Breviarium benutzt worden ist, so ist die sehr verbreitete Annahme, daß das Edikt schon im J. 500 erlassen sei, unbegründet, indem es darnach erst nach dem J. 506 verfaßt sein kann.

6) Die ***Lex Romana Burgundionum*** (d. s. g. Papian). Dieses zwischen 517 und 534 verfertigte Burgundische Rechtsbuch für Römer schöpfte allerdings zwar aus dem Breviarium, aber gewiß auch aus echten Quellen, v. Savigny **II.** S. 9 fgg., und ist insofern nicht ohne Werth für röm. Recht. Zuerst wurde dasselbe von ***Cujac.*** hinter dem Theodos. Koder (sowohl **Lugd. 1566** als **Par. 1586**) herausgegeben. Kommentirt ist es von ***Schulting*** **jurispr. antej. pag. 827 sqq.**, und von ***Amaduzzi***, welcher es, zugleich mit den Novellen von Theodos ꝛc. aus der Ottobonischen Handschr. edirte. **Rom. 1765. fol.** Die neuesten Ausgaben haben Biener im Berl. **jus civ. antej. pag. 1501 sqq.** und Barkow Greifsw. 1826 besorgt. Die von Savigny a. a. O. S. 23 fgg. aufgestellte Vermuthung, daß der allerdings höchst auffällige Name: **Papiniani liber responsorum** auf einem Mißverständniß von **Cujacius** beruhe, widerlegt sich dadurch, daß sich derselbe schon in einer sehr alten Handschrift vorfindet, Klenze in d. gesch. Zeitschr. **IX.** S. 238 fgg.

Anm. 3. Da im Byzantinischen Reiche die Justinianische Gesetzgebung auch noch lange nach Justinian galt, und zahlreiche Bearbeitungen derselben vorgenommen wurden, so sind auch diese begreiflicher Weise ein sehr wichtiges, und bei Weitem noch nicht erschöpftes Hülfsmittel für Kritik und Auslegung des Korpus juris. Leider ist sehr vieles noch ungedruckt. Unter den gedruckten Stücken des s. g. **jus Graeco-Romanum** sind die bedeutenderen folgende:

1) Die Institutionen-Paraphrase des Theophilus, eines der drei Bearbeiter der Justinianischen Institutionen. Sie ist ein, noch vor der Publikation des **Codex repet. praelect.** niedergeschriebenes Kollegienheft, und nicht blos für die Erklärung der Institutionen, sondern überhaupt für römisches Recht von großer Wichtigkeit, vgl. bes. Degen Bemerkungen über — — —

Theophilus Lüneb. 1809. Die neueste und beßte, mit 20 Exkursen versehene Ausgabe hat Reitz besorgt, Hag. Com. 1751 2 voll. 4. Eine schätzbare deutsche Uebersetzung mit Anmerkungen gab Wüstemann Berl. 1823. 2 Bde.

2) Der Novellen-Auszug von Athanasius. In dieser interessanten Bearbeitung der Novellen werden die einzelnen Konstitutionen in ziemlich ausführlichen Auszügen unter 22 Titeln zusammengestellt, und am Ende des Titels noch Paratitla zugefügt. Begonnen wurde diese Schrift höchst wahrscheinlich noch bei Justinian's Leben, und vollendet unter seinem Nachfolger Justinus, Heimb. l. c. proleg. p. VII. sqq. Die erste, sehr sorgfältige und mit umfassenden Prolegom. ausgestattete Ausgabe besorgte Heimbach im 1. Bande seiner Ἀνεκδοτα. Lips. 1838.

3) Der Novellen-Auszug von Theodorus, gegen Ende des 6. Jahrhunderts, *Zachariae* l. c. proleg. p. L. sqq. Dieser schätzbaren Arbeit liegt die Sammlung von 168 Novellen zu Grunde, und in der Reihenfolge dieser Sammlung wird der Inhalt einer jeden Novelle in nicht sehr gedrängtem Auszuge angegeben. Bruchstücke davon stellte Heimbach in seinen Ἀνεκδοτα I. p. 199 sqq. zusammen; eine vollständige Ausgabe aber hat Zachariä aus einer von ihm auf dem Berge Atho gefundenen Handschrift besorgt in seinen Ἀνεκδοτα. Lips. 1843. p. 1 sqq.

4) Eine kleine, aber nicht unwichtige Schrift über die verschiedenen Zeitabschnitte im Rechte, welche gewöhnlich, aber gewiß mit Unrecht einem Eustathius, Antezessor zu Konstantinopel, zugeschrieben wird. Sie ist wahrscheinlich nicht sehr lange nach Justinian, etwa im Anfang des 7. Jahrh. entstanden, Zachariä S. 67 fgg. Dieselbe wurde öfter herausgegeben, zuletzt von Zachariä unter dem Titel: αι ροπαι od. die Schrift über die Zeitabschnitte, welche insgemein einem Eustathius, Antez. zu Konst. zugeschrieben wird. Heidelb. 1836.

5) Ein von Basilius Macedo und seinen Söhnen und Mitregenten Konstantinus und Leo, gegen das Jahr 878 als Gesetz publizirtes Handbuch, in welchem in 40 Titeln die Elemente des Rechts dargestellt werden. Obwohl zahlreiche Handschriften bekannt waren, so wurde es doch zuerst edirt von Zachariä unter dem Titel: ὁ προχειρος νομος; Impp. Basilii, Constantini et Leonis prochiron. Heidelb. 1837, eine Ausgabe, bei welcher auch noch insbesondre auf die sehr schätzbaren, umfassenden Prolegom. (p. I—CCXII) aufmerksam gemacht werden muß.

6) Die Basiliken, d. i. eine unter der Regierung des Leo Philosophus mit öffentlicher Auktorität veranstaltete griechische Verarbeitung der Justinianischen Gesetzgebung, wobei man aber

nicht der äußern Anordnung dieser letzteren folgte, sondern unter passenden Rubriken das zusammenstellte, was in dieser zerstreut in den Pandekten, Codex u. s. w. vorkommt; vgl. *Suaresii* **notitia Basilicor. rec. et observatt. auxit Pohlius Lips. 1804,** ***Heimbach*** **de Basilicor. origine etc. Lips. 1825,** ***Zachariae*** **hist. jur. Graeco-Rom. §. 28. 29,** ***Mortreuil*** **histoire du droit Byzantin. II. p. 46 fgg.** Leider sind uns nicht alle 60 Bücher dieses, für Kritik und Auslegung des **corp. jur.** außerordentlich wichtigen Rechtsbuchs vollständig erhalten. Eine Gesammt-Ausgabe aller auf uns gekommenen Stücke wurde besorgt von ***Fabrot*** in 7 Foliobänden. **Par. 1647,** wozu Nachträge von Ruhnken (d. 8. Buch; in **Meerm. thes. III** und **V**) und Reitz (Buch 49—52. Tit 1. in **Meerm. thes V**) kamen, welche beide Nachträge dann auch vereinigt unter dem Titel: **Operis Basilici Fabrotiani supplementum. Lugd. Bat. 1765** ausgegeben wurde. Außerdem wurde noch der Titel **de regulis juris (II. 3)** von Witte edirt: **Basilic. tit. de div. reg. jur. ant. nunc demum integer ed. Vratisl. 1826** und das 53. Buch von ***Pardessus*** **collection des lois maritimes. Par. 1828 tom. I. p. 155 sqq.** aus verschiedenen Quellen restituirt. Eine neue, sehr schätzbare Ausgabe der gesammten Basiliken ist von ***C. G. E. Heimbach*** bearbeitet worden: **Basilicorum libri LX. Lips. 1833 sqq. V voll. 4.** wozu jedoch bereits ein Nachtrag von Zachariä gekommen ist: **supplementum editionis Basilicor. Heimbachianae lib. XV—XVIII. Basilicor. cum scholiis antiquis integros nec non lib. XIX. Bas. novis auxiliis restitutum continens. edid. C. E. Zachariae a Lingenthal. Lips. 1846. 4.** — Zur Erleichterung des Gebrauchs der Basiliken dient gar sehr Haubold's **manuale Basilicor. Lips. 1819. 4.**

7) Die ***Synopsis Basilicorum,*** ein, wohl gegen das Jahr 969 veranstalteter Auszug aus den Basiliken in 348 Titeln. Die bisher einzige Ausgabe, und zwar mit völlig veränderter Ordnung der Titel, hat Löwenklau besorgt: **LX libror.** *Βασιλικῶν* **— — Ecloga sive Synopsis — — edita per Joan. Leunclaivm. Basil. 1575.** Dazu ***Labbaei*** **observationes et emendationes in Synops. Basilic. Par. 1606. 8.**

8) Eine kleine interessante Monographie über die Peculien der Hauskinder, wahrscheinlich aus dem 11. Jahrh. welche in 3 verschiedenen Handschriften auf uns gekommen, und jetzt von Heimbach im 2. Bande seiner *Ἀνέκδοτα* p. 247 sqq. herausgegeben ist.

9) Das *Πρόχειρον νόμων τὸ λεγόμενον ἡ ἑξάβιβλος* (**manuale legum dictum** ***Hexabiblus***) von Konstantinus Harmeno-

pulus, aus dem Jahre 1345. Es ist in zahlreichen Handschriften uns erhalten, und auch öfter herausgegeben worden; die bisher beßte Ausgabe ist die von Reiß in Meerm. thes. tom. VIII. besorgte. — Vgl. auch Dirksen d. Rechtsb. d. Konstant. Harmenop. und die alte Glosse d. Turiner Institut. Handschr. Berl. 1847.

Vgl. überhaupt *Zachariae* historiae jur. Graeco-Romani delineatio. Heidelb. 1839., *Mortreuil* histoire du droit Byzantin. III vol. Par. 1843. 1844. 46. (vgl. Zachariä in krit. Jahrb. 1844. S. 794 fgg., S. 1083 fgg., 1847. S. 581 fgg.). Kürzere, aber sehr brauchbare Uebersichten geben Puchta Kursus d. Institut. I. §. 141 und Boecking Institutionen I. §. 23.

---

2) Das corpus juris canonici. §. 3.

Anm. 1. Unter den Ausgaben des corp. jur. can. sind hervorzuheben:

Corp. jur. can. a *Petro Pithoeo* et *Francisco* fratre ad veteres codices manuscriptos restitutum et notis illustratum. Par. 1687. II voll. fol.

Corp. jur. can. rec. et not. illustr. *J. H. Böhmer*. Hal. 1747. II voll. 4.

Corp. jur. can. ed. *Aem. Ludov. Richter*. Lips. 1839.

Anm. 2. Ueber die Zitirmethode der einzelnen Theile des Korp. jur. kan. ist hier zu bemerken:

1) Das Decretum Gratiani („Concordia discordantium canonum") zerfällt in drei Theile, deren erster und dritter in distinctiones und canones zerfallen, und man zitirt sie durch blose Angabe der Zahl der dist. und des can., nur daß der dritte Theil durch den Zusatz de consecratione von dem ersten unterschieden wird (z. B. c. 2. D. 6; c. 1. D. 4. de consecr.). Die zweite pars theilt sich in causae, quaestiones und canones, und man allegirt z. B. c. 1. C. 2. qu. 1, wobei nur zu bemerken ist, daß causa 33. qu. 3. ausnahmsweise wieder in distinctiones und canones zerfällt, weßhalb man diese quaestio, wie die erste pars zitirt, nur mit dem unterscheidenden Zusatz de poenitentia (z. B. c. 1. D. 2. de poenit.).

2) Die späteren Dekretalen-Sammlungen, mit Ausnahme der Extravaganten Johannes XXII, zerfallen sämmtlich in 5 Bücher, („Judex, judicium, clerus, sponsalia, crimen"), jedes Buch in Titel und die Titel in capita oder capitula. Sie werden daher sämmtlich, etwa wie der codex Justin. zitirt, nur daß jede

Sammlung besonders bezeichnet wird, und zwar die Dekretalen Gregors mit einem X. [z. B cap. 5. X. de praescript (2, 26)], die von Bonifaz mit einem: in 6to oder: VI. [z. B. cap. 1. de foro competenti in 6to (2, 2) oder cap. 2. de litis contest. VI. (2, 3)], die von Clemens mit einem Clem. [z. B. cap. un. Clem. de except. (2, 10) oder auch Clem. 2. de V. S. (5, 11)], die Extravaganten mit Extrav. [z. B. cap. un. Extrav. de religios. domib. (3, 9)].

---

3) Deutsche Reichsgesetze und allgemeine Gewohnheiten. §. 4.

Anm. Als Privatsammlungen der deutschen Reichsgesetze sind zu bemerken: Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsbeschlüssen. Frankf. 1747. 4 Bde. fol.; Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze in system. Ordnung. Carlsr. 1786—94. 11 Theile. 8. (für das Privatrecht gehört besonders der 10te Theil); *Emminghaus* **corp. jur. germ. tam publ. quam priv. academicum. Jen. 1824. 2 voll. 8.**, 2. Aufl. 1844.

III. Von der heutigen Anwendung des römischen Rechts.

1) Im Allgemeinen. §. 5.

Anm. Fast unbestritten war von jeher das Dogma, das römische Recht sei in Deutschland „**in complexu**" rezipirt, und wer sich darauf berufe, habe „**fundatam intentionem in jure**" für sich; ein Grundsatz, der im Wesentlichen mit dem andren zusammenfällt, daß das römische Recht in Deutschland nicht blos als *ratio* **scripta**, sondern vielmehr als *lex* **scripta** Geltung habe. Freilich ist dieses in neuerer Zeit mehrfach energisch bekämpft worden, vgl. bes. Kierulff, Theorie Vorrede p. X fgg., Beseler, Volksr. und Juristenr. S. 99 fgg., Ders., Syst. des gem. deutsch. Privatr. §. 9, Reyscher, Zeitschr. für deutsches Recht IX. 10. Erhebt man aber nicht willkürlich Wünschenswerthes zu Wirklichem, und berücksichtigt man unbefangen die Geschichte der Rezeption des römischen Rechts, und die wirkliche Stellung desselben im deutschen

Rechtsleben, so dürfte sich schwerlich etwas Erhebliches gegen die Geltung jenes Dogma einwenden lassen, und ganz unbedeutend ist namentlich der Einwurf, daß ja doch die Justinianischen Rechtsbücher für Deutschland nicht publizirt seien! vgl. auch Wächter gem. Recht Deutschlands. Leipz. 1844. S. 186 fgg., Gerber das wissenschaftl. Prinzip d. gem. deutschen Privatr. Jen. 1846. S. 150 fgg. Zur Vermeidung von Mißverständnissen muß jedoch noch bemerkt werden:

1) Jenes Dogma hat keine prozessualische Bedeutung für die Beweislast, wie freilich schon oft angenommen worden ist, sondern es ist nur wichtig für die Konstruktion der Rechtstheorie. Gegen jene irrthümliche Herüberziehung auf das prozessualische Gebiet hätten die richtigeren Grundsätze über den Beweis von Rechtsnormen schützen sollen; vgl. auch Wächter a. a. O.

2) In jenem Grundsatze liegt natürlich nicht, daß alle einzelnen Sätze, die in den Justinianischen Rechtsbüchern enthalten sind, bei uns rezipirt seien. Dies ist vielmehr entschieden nicht der Fall bei allen, dem eigentlichen Staatsrecht angehörigen Bestimmungen, und überhaupt bei allen denjenigen Sätzen, die auf eigenthümlich römischen Einrichtungen beruhen, deren Voraussetzungen also bei uns gar nicht mehr vorhanden sind. Vgl. Weber, Versuche Nr. 1, *Huk* **de hodierno jur. Rom. usu. Tub.** 1830, Kritz, Rechtsfälle IV. S. 6 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 15 fgg.

3) Noch weniger berechtigt jener Grundsatz, römisches Recht auch bei solchen Rechtsverhältnissen in Anwendung zu bringen, die rein deutschen Ursprungs sind, und darum auch nur nach Prinzipien des germanischen Rechts beurtheilt werden dürfen. Es ist nicht zu verkennen, daß die unglückliche Sucht früherer Juristen, Alles zu romanisiren, der kräftigeren Entwicklung des national.-deutschen Rechts unendlich mehr geschadet hat, als die Thatsache der Rezeption des römischen Rechts.

---

2) Vom Einfluß der Glossatoren insbesondere. §. 6.

Anm. 1. Wegen der bekannten, aus der Geschichte der Rezeption des römischen Rechts leicht erklärlichen Regel: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum* (Osenbrüggen in d. Gieß. Zeitschr. XV. 9, Savigny, Syst. I. §. 17) ist es wichtig, genau die

nicht glossirten Stücke der Justinianischen Rechtsbücher zu kennen.

I. Die Institutionen sind durchaus glossirt.

II. In den Pandekten sind blos nicht glossirt:

l. 7. §. 5 bis l. 11. de bon. damnator. (48, 20) und
l. 10 bis 19. de interdict. et relegat. (48, 22).

III. Im Kodex sind nicht glossirt:

Aus dem ersten Buche:

l. 3. 5. 6. 7. de summa trinit. (1, 1).
l. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26. de ss. eccles. (1, 2).
l. 29. 30 36. 39. 40. 42—48. 53. 55. 57. de episc. et cler. (1, 3).
l. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34. de episc. aud. (1, 4).
l. 9. 11—18. 20. de haeret. et Manich. (1, 5).
l. 2. 18. de Judaeis et Caelic. (1, 9).
l. 2. ne Christ. manc. (1, 10).
l. 9. 10. de paganis (1, 11).
l. 3. 7. 8. de his, qui ad eccles. conf. (1, 12).
l. 10. de legib. (1, 14).
l. 2. de mandat. princ. (1, 15).
l. 3. de vet. jure enucl. (1, 17).
l. 6. de off. praef. praet. orient. (1, 26).
l. 1. §. 8, l. 2. §. 19—23. de off. praef. praet. Afr. (1, 27).
l. 2. de off. com. rer. privat. (1, 33).
l. 13. de assess. (1, 52).

Aus dem zweiten Buche:

l. 4. de in jus voc. 2.
l. 18. 19. de advoc. divers. judic. 7.
l. 27. 28. de procur. 13.
l. 3. de jurejur. propt. calumn. 59.

Aus dem dritten Buche:

l. 11. 12. de judic. 1.
l. 2. 4. de sportul. 2.
l. 1. 2. de plus petit. 10.
l. 1. 2. de aleator. 43.
l. 15. de relig. 44.

Aus dem vierten Buche:

l. 1. 13. 15. 16. de testib. 20.
l. 16. 22. de fide instrum. 21.
l. 1. de pign. act. 24.
l. 29. 30. de usur. 32.

l. 24. mandati 35.
l. 5. vectig. nova 62.
l. 33. de loc. et cond. 65.

Aus dem fünften Buche:

l. 6. de sponsal. 1.
l. Manifestum (zwischen l. 8. und l. 9), l. 29. de nupt. 4.
Die restituirten Stellen hinter l. 10. de sec. nupt. 9.
l. 12. de repud. 17.

Aus dem sechsten Buche:

l. 4. de bon. libert. 4.
l. un. de inc. pers. 48.

Aus dem siebenten Buche:

l. 15. de sentent. 45.
l. 5. de fruct. et litium exp. 51.
l. 33. 36. de appell. 62.

Aus dem achten Buche:

l. 12. de aed. priv. 10.
l. 3. de op. publ. 12.
l. 1. de duob. reis. 40.
l. 29. de fidej. 41.
l. 4. de inf. exp. 52.

Aus dem neunten Buche:

l. 6. de custod. reor. 4.
l. 2. de priv. carc. inh. 5.
l. 1. si reus. 6.
l. 6. ad leg. Jul. maj. 8.
l. 37. ad leg. Jul. de adult. 9.
l. Liceat. hinter l. 4. ad leg. Cornel. de sicar. 16.
l. 2. de crim. sacrileg. 29.
l. 26. de poen. 47.
l. 11. de bon. proscript. 49.

Aus dem zehnten Buche:

l. 11. de jure fisci. 1.
l. 7. de fide et jure hastae. 3.
l. 7. 8. de delator. 11.
l. 1. 13. de annon. et trib. 16.
l. 9. de exact. tribut. 19.
l. 2. 3. ut nemini liceat in emt. 27.
l. 4. de discussor. 30.
l. 1. quib. munerib. 55.

Aus dem elften Buche:
l. 1. 2. de navicul. 1.
l. 16. de murileg. 7.
l. 7. de spectac. 40.
l. 18. de agricol. 47.
l. 2. ut nemo. 53.
Aus dem zwölften Buche:
l. 8. qui militare poss. 34.
l. 18. 19. de erogat. militar. annonae. 38.
l. 12. de metatis 41.
l. 3. de filiis official. 48.
l. 7. de executor. 61.
l. 2. publicae laetitiae 64.

Vgl. Witte, die leges restitutae des Justinian. Koder. Breslau 1830, Biener und Heimbach, Beiträge zur Revision des Justinian. Koder. Berl. 1833.

IV. Unter den Novellen sind nicht glossirt: 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168. Vgl. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's. Berl. 1824. S. 438 fgg. —

Anm. 2. Die alte lateinische Uebersetzung der Novellen (s. g. versio vulgata) weicht in zahlreichen Fällen sehr beträchtlich von dem griechischen Originaltext ab, und da ist es denn schon lange streitig, welchem der beiden Novellen-Texte praktisch der Vorzug einzuräumen sei? Viele entscheiden sich unbedingt für die versio vulgata, indem sie sich einfach auf den Satz berufen: quidquid non agnoscit glossa rel., und daraus ableiten, daß gerade nur das Authenticum in Deutschland rezipirt sei; vgl. z. B. *Mencken*, de novellar. glossatar. et non glossatar. auctorit. §. 12, Savigny, Syst. I. S. 67 fgg., Osenbrüggen in d. Gieß. Ztschr. XVII. 11. Andere dagegen ziehen unbedingt den griechischen Originaltext vor, indem sie sich insbesondre darauf stützen, daß durch jene Regel nur bestimmt werde, in welchem Umfange die Justinianischen Rechtsbücher bei uns rezipirt seien; dagegen seien wir bei den rezipirten keineswegs an die Gestalt gebunden, in welcher dieselben bei den Glossatoren vorgekommen seien, denn diese Gestalt sei eben nur ein Produkt der wissenschaftlichen Thätigkeit der Glossatoren, und wie wir an diese anerkannter Weise in andren Beziehungen nicht gebunden seien, wenn reichere Hülfsmittel oder bessere Einsicht uns darüber erhoben hätten, so sei dies ganz eben so auch in Betreff der Textes-Konstruktion der Novellen der Fall, vgl. Hombergk in der Vorrede zu seiner Uebersetzung der Novellen

Glück, Komm. I. S. 348 fgg., Spangenberg, Einleit. in d. corp. jur. S. 174 fgg., Göschen, Vorles. I. §. 6, Sintenis, Zivilr. I. S. 13 fgg. In dem Prinzip, daß nicht die **versio vulgata**, sondern der wirkliche Justinianische Text als bei uns rezipirt anzusehen sei, stimme ich unbedenklich mit den Vertheidigern der letztren Ansicht überein, aber nicht so unbedingt in Betreff der daraus gezogenen Konsequenz, daß der griechische Text stets der **versio vulgata** vorgehen müsse. Bei dieser Konsequenz wird nämlich offenbar vorausgesetzt, entweder, daß der griechische Text, so wie er auf uns gekommen ist, völlig authentisch sei, und mit Sicherheit den Original-Ausdruck des Kaisers enthalte, oder, daß doch die **versio vulgata** gerade und zwar ausschließlich auf den, auf uns gekommenen, griechischen Text gegründet sei. Aber keine dieser beiden Voraussetzungen ist begründet, denn es ist völlig unzweifelhaft, daß wir überhaupt kein authentisches Exemplar der Novellen besitzen, sondern bloße Privatsammlungen, und eben so ist es gewiß, daß die **versio vulgata** nicht aus der auf uns gekommenen griechischen Sammlung von 168 Novellen, sondern aus einer, davon verschiedenen, hervorgegangen ist, vgl. Biener, Gesch. d. Novellen. S. 255 fgg., Osenbrüggen a. a. O. S. 399 fgg. Hält man dieses fest, so kann offenbar eben so wenig der griechische Text, wie er in der Sammlung von 168 Novellen auf uns gekommen ist, der **versio vulgata**, wie umgekehrt die **versio vulgata** dem griechischen Texte unbedingt vorgezogen werden, sondern es stellt sich zwischen beiden ein ganz ähnliches Verhältniß heraus, wie bei den Pandekten zwischen dem Florentinischen und den s. g. Vulgat-Manuskripten. Ueberall da, wo die Abweichungen der **versio vulgata** auf irriger Uebersetzung beruhen, oder auf falschen Konjekturen der Glossatoren, da muß unbedenklich der griechische Text vorgehen; wo aber die Abweichungen so beschaffen sind, daß man daraus erkennen kann, daß die **versio vulgata** auf einen andren handschriftlichen Text gegründet ist, als der sich in der auf uns gekommenen griechischen Sammlung vorfindet, da müssen die allgemeinen Regeln der Kritik entscheiden, welche der mehreren Lesarten als die vorzüglichere angesehen werden muß. Vgl. auch Puchta, Vorlesf. über d. heut. röm. Recht. I. S. 9 fgg.

IV. Vom Verhältniß des röm. Rechts zu dem kanonischen und den deutschen Reichsgesetzen, und vom Verhältniß der einzelnen Theile des römischen Rechts zu einander. §. 7.

Anm. Vgl. über die verschiedenen Ansichten außer den Lehrb. noch besonders: Schöman, Handb. 1. S. 1 fgg.; Thibaut ziv. Abh. S. 79 fgg.; Hufeland, über den eigenthüml. Geist des röm. R. I. S. 131 fgg.; v. Löhr in seinem und Grolm. Mag. III. Nr. 7; Fritz, Erläuterungen zu Wening I. S. 7 fgg.; Göschen, Vorles. I. S. 10 fgg.; Savigny, Syst. I. S. 268 fgg.; Kritz, Rechtsfälle IV. S. 68 fgg.; Sintenis, Zivilr. I. S. 52 fgg.; Puchta, Vorles. I. S. 45 fgg.

V. Ausgewählte Literatur des Civilrechts.

Vgl. *Lipenii*, **Biblioth. real. jurid. cum Supplem.** *Schottii* **et** *de Senkenberg*. **Lips. 1757. 1775. 1789. IV tom. fol. et** *Madihn*. **Vratisl. 1816.** — *ab Ulmenstein*, **Bibl. select. jur. civ. Just. Berol. 1821—23. IV tom. 8.** — Schletter, Handb. d. jurist. Literatur. Grimma 1843.

---

1) Exegetische Schriften. §. 8.

Anm. 1. Als Kommentare über das ganze **corp. jur.** sind außer der Glosse nur noch die verschiedenen Schriften des Cujacius zu nennen, in denen wohl kaum eine Stelle der römischen Rechtsbücher unbesprochen geblieben ist. Vollständige Ausgaben von *Cujacii* **opera omnia** sind die von Fabrot, **Lutet. Paris. 10 tom. fol.**, die zwei Neapolitaner Ausgaben von 1722 fgg. (besorgt von **Ranius**) und von 1757 (besorgt von **Dominicus Albanensis**) in 11 Foliobänden, und endlich die Venetianische Ausgabe 1758, ebenfalls in 11 Foliobänden. Zum vollständigen Gebrauch fast unentbehrlich ist *Dom. Albanensis* **promtuar. universor. opp. J. Cujac. Neap. 1763.** und **Mutin. 1795. 2 tom. fol.** Vgl. Thibaut ziv. Abh. S. 248, Hugo ziv. Mag. VI. S. 189 fgg. Thibaut im ziv. Arch. XIII. S. 193 fgg. 452 fgg. — Unter den zahlreichen Kommentaren über einzelne Theile des **corp. jur.** sind hervorzuheben:

1) Ueber die Institutionen die Kommentare von *Balduin*. **Par. 1546**, *Hotomann*. **Bas. 1560 (in opp. tom. II.)**, *Giphan*. **Ingolst. 1596**, *Jan a Costa*, **ed. alt. cur. van de Water. Lugd. Bat. 1744**, *Bachov. Echt*. **Francof. 1643.** *Vinnius* **c. not. Heineccii Lugd. Bat. 1726**, *Otto* **cura Iselii 1760. 4.** *Schrader* in dem **comment. perpet.** zu seiner Ausg. **Berol. 1832.**

2) Ueber die Pandekten: *Odofredi* comment. in Dig. Venet. 1480. Lugd. 1550.

Alciati comment. in var. tit. Digest. (in opp. tom. I. II.)

Duareni comment. in Pand. (in opp. pag. 1 sqq.).

Donelli comment. in quosd. tit. Dig. (in opp. tom. X. XI.)

Giphan. lectur. Altorph. in tit. Dig. et Codic. var. Francof. 1605.

Ant. Fabri rationalia in Pandect. Lugd. 1659. sqq. (von Buch I. bis XIX).

Brunnemanni comment. in L. libros Pandect. Francof. 1670.

Zur Auffindung zerstreuter Erklärungen einzelner Stellen dienen *Hommelii* corp. jur. civ. cum. not. varior. Lips. 1768. (Institutionen und Pandekten) und vorzüglich *Schultingii* Notae ad Dig. edit. atque animadv. adjec. *Smallenburg*, Lugd. Bat. 1804—35, VII tomi.

3) Ueber den Koder: *Odofredi* lectura sup. XII. libr. Cod. Lugd. 1550.

Azonis Lectura s. commentar. ad singul. leges XII. libror. Cod. Par. 1577. fol.

Donelli comment. absol. in II. III. IV. VI. et VII. libr. Cod. Just. Frcf. 1599 (in opp. tom. VII—IX).

Giphanii explanatio difficilior. et celebr. leg. Cod. Just. Colon. 1614.

Wissenbachii comment. cathedr. in libr. VII. Codic. Frcf. 1701.

Perezii praelect. in Codic. Colon. 1661. II. tom.

Brunnemanni comment. in libr. XII. Codic. Lips. 1697.

4) Ueber die Novellen: *Balduini* comment. in praecip. Just. Nov. Lugd. 1548.

Stephani exposit. Novell. const. Frcf. 1608.

Rittershusii Jus Just. h. e. Novell. Just. expositio method. Argent. 1605.

5) Ueber vermischte einzelne Stellen: *Alciati* paradoxor. libri VI.; dispunct. libr. IV.; praetermissor. libr. II.; parergor. libr. XII. (in opp.)

Augustini emendat. et opin. libr. IV.; Venet. 1543 (in Otton. thes. tom. IV.)

Duareni disput. annivers. libri. II. (in opp.)

Cujacii observ. et emend. libror. XXVIII. (in opp. edit. Neap. tom. III.)

Hotomanni observ. et. emend. libr. XIII. (in opp. tom. I.)

Ant. Fabri conjectur. jur. civ. libr. XX. Lugd. 1691. fol.

Bronchorst ἐναντιοφανῶν centuriae quatuor. Lugd. Bat. 1598.

M. Lyclama a Nyeholt membranar. libri VII. Franck. 1608.

Panciroli thesaurus variar. lection. utr. jur. in III libr. distinctus. Lugd. 1617. (auch in *Heinecc* jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 917 sqq.).

Jul. Pacii ἐναντιοφανῶν centuriae VII. Lugd. 1618.

Amaya observationum jur. libri III. Genev. 1633.

Chesii interpretation. jur. libri II. Liburni 1657. (auch in *Heinecc.* jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 1 sqq.

van de Water observationum jur. Rom. libri III. Traj. Bat. 1713.

Duirsema conjecturalium jur. civ. libri II. Gron. 1714.

Jensii stricturae ad Just. Codicem ac Pandectas. Roterod. 1749.

Grotii florum sparsio ad jus Justin. cum praef. Gebaueri Hal. 1729.

a Costa praelect. ad. illust. quosd. tit. locaque selecta jur. civil. edid. Voorda. Lugd. Bat. 1773.

Merillii observ. libr. VIII. (in opp.)

Noodtii probabil. jur. civ. libr. IV, observat. libr. II. (in opp.)

van Bynkershoek observat. jur. Rom. libr. VIII. edid. Heinecc. Frcf. et Lips. 1793. 2. tom.

Averanii interpret. jur. libr. V. Lugd. Bat. 1573. III. tom.

Branchu observat. ad jus Rom. Dec. I. Lugd. Bat. 1721., dec. alt. 1723.

Voorda interpret. et emend. jur. rom. libr. III. Traj. ad Rh. 1768.

Wieling lection. jur. civ. libr. II. Traj. ad Rh. 1740.

d'Arnaud var. conject. libr. II. Frcf. 1738.

Marckarti probabilia rec. lect. jur. civ. Traj. ad Rh. 1737; pars II. 1738.

Conradi observat. jur. civil. Marb. 1782.

Püttmanni interpret. et observ. lib. sing. Lips. 1763, probabil. jur. civ. libr. II. Lips. 1766.

Cannegieter observ. jur. Rom. libr. IV. Lugd. 1772.

Crameri dispunct. jur. civ. lib. sing. Suerin. et Wism. 1792.

a Teisterbant dict. Bilderdyk. observ. et emend. lib. Brunsv. 1806.

Anm. 2. Wichtig für die Exegese der Quellen sind auch die juristischen Wörterbücher, unter denen ich hervorhebe: 1) *Brissonii* de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione opus. Lugd. 1559. fol., cura Heineccii Hal. 1743. fol. (Dazu *Wunderlich* additamenta ad Brissonii opus de V. S. Hamb. 1778. fol., und *Cramer* supplementi ad Brissonii opus de V. S. spec. I. Kil. 1813. 4). — 2) *Vicat* vocabularium juris utriusque. edit. 2. 4 voll. 8. Neap. 1760. — 3) *Dirksen* manuale latinitatis fontium jur. civ. Romanor. Berol. 1837. 4. — 4) Heumann, Handlexikon zum corp. jur. civ. Jena 1846. 8. — Zu erwähnen sind hier auch: *Richter* de significat. adverbiorum in jure. Jen. 1666. 4.; *Strauchi* lexicon particularum juris cura Buderi. Jen. 1719. 4.; *Duckeri* opuscula varia de Latinitate ICtorum veterum. Lugd. 1711; *Kirchmaieri* opuscula VI. de latinitate Digestor. et Institutionum cura *Madihn*. Hal. 1772.

---

2) Systeme. §. 9.

Anm. 1) Nach der Titelfolge der Institutionen: *Huberi* praelectiones ad Institutiones Justinianeas. Frcf. 1678. (auch als erster Theil von Huber's praelectionum juris civilis tom. III.).

Höpfner's theoretisch-prakt. Kommentar über die Heineccischen Institutionen [nämlich Heineccii Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum] Frankf. 1783; 7te Aufl. mit Anmerk. von Weber 1803. und 8te Aufl. 1818. (später noch öfter, aber unverändert abgedruckt).

2) Nach der Titelfolge der Pandekten: *Meieri* collegium Argentoratense. Argent. 1616—17. 2 voll.; mit Anmerk. von *Tabor* herausgegeben von *Bechtold*. Tüb. 1657. 3 voll.

Struvii syntagma juris civilis Jen. 1659; neueste Ausg.: Struvii syntagma jurispr. sec. ord. Pandect. cum additionib. Mülleri Frcf. et Lips. 1738. 3 voll.

Huberi praelectiones jur. Rom. et hodierni ad Pandect. Frcf. 1689—90. 2 voll. (auch als 2ter und 3ter Theil von Huber's praelect. jur. civ.).

Lauterbachii collegium theoretico-practicum. Tüb. 1690—1711. 3 voll. (edid. noviss. Tüb. 1784).

Voet commentar. ad Pandect. edit. noviss. Hal. 1776. 6 tom. 8.

Schilteri praxis jur. civ. Rom. in foro Germ. 3 tom. Frcf. et Lips. 1713—33.

Strykii usus modernus Pandectarum (in opp. praestantior. tom I und II).

J. H. Böhmeri introductio in jus Digestor. Hal. 1704. edid. noviss. Hal. 1791. 2 voll.

Westenbergii principia secundum ordin. Digestor. Harderov. 1712. edit. noviss. Berol. 1814—23. 2 voll.

Pothier Pand. Just. in nov. ord. dig. Par. 1748, ed. nov. Par. 1818. 3 voll. fol.

Hellfeld jurisprud. forens. secundum Pandect. ordin. proposita. Jen. 1764, edit. noviss. cura *Oeltize*. Jen. 1806.

Malblank principia jur. Rom. sec. ordin. Digest. 3 part. Tüb. 1801—2.

Glück ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. I—XXXIV. 1790—1830; fortgesetzt von Mühlenbruch Bd. XXXV—XLIII. 1832—1843. Nachträge zum Glück'schen Kommentar liefert Reinhardt, Ergänzungen zu Glück's ausf. Erläut. der Pand. Stuttg. 1833 fgg. (bisher vier Bände).

Eichmann, Erklärungen des bürgerl. Rechts nach Hellfeld's Lehrbuch der Pandekten, Th. 1—5. Berl. und Stralf. 1779—1799.

Köchy, theoretisch-prakt. Kommentar über die Pandekten nach Anleitung d. Hellfeld'schen Lehrb. Th. 1—3. Leipz. 1796—1804.

Weber, Erläuterungen der Pand. nach Hellfeld. Nach dem Tode des Verf. herausgegeben von dessen Sohn. 2 Thle. Leipz. 1820.

3) Nach selbstgewählter Ordnung:

a) Grundrisse: Seidenstücker, Entw. eines Systems des Pandektenrechtes. Jena 1807.

Heise, Grundriß eines Syst. des gem. Zivilr. Neueste Aufl. Heidelb. 1823.

Burchardi, Entw. e. Syst. des röm. just. R. Bonn 1819.

Haubold doctr. Pandect. lineam. cum loc. class. et select. lit. Lips. 1820.

Bergmann, Abriß eines Systems der Pandekten. Gött. 1810.

Unterholzner, Entw. zu e. Lehrgeb. des bei den Römern gelt. bürgl. R. Berlin 1817.

Roßberger, System des gemeinen Zivilr. Berlin 1826.

Gans, System des röm. Zivilr. Berl. 1827.

Blume, Grundr. des Pand. Rechts. Halle 1829.

(Göschen) Grundr. zu Pand. Vorles. mit beigef. Zitaten und eingeschalteten einzelnen Erörterungen. Gött. 1831.

(Bethmann-Hollweg) Grundriß zu Pandekten-Vorles. Bonn 1831.

Puchta, Syst. des gem. Zivilr. zum Gebrauch bei Pandekten-Vorles. München 1832.

Rudorff, Grundr. zu Vorles. über d. gem. Zivilr. mit einer Samml. v. Beweisstellen und Ausführung einzelner Lehren. Berlin 1843.

Boecking, Grundr. zu Pandekt. Vorles. nebst Quellen- und Literatur-Angaben. Bonn 1845. 1848.

b) Ausgeführte Systeme: *Connani* commentarior. jur. civil. libri X, edit. noviss. Neap. 1724. fol.

Donelli commentarior. jur. civ. libri XXVIII. cura Sc. Gentilis. V tom. Frcf. 1595—97; auch in opp. tom. I—VI; zuletzt cura Koenig t. I—IV. Norimb. 1801—1808, fortgesetzt von Bucher. tom. V—XVI. ibid. 1822—34. (Auszüge enthalten *Hilliger*, Donellus enucleatus. 2 tomi. Jen. 1640. 4. und *Vinnius*, jurisprud contractae s. partitionum juris civilis libri IV. Rotterd. 1623).

Lex loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus. Par *Jean Domat* T. I—III. Paris 1689—1697; zuletzt Par. 1777. 2 voll. fol.

Berger oeconomia juris ad us. hodiern. adcommodata cura Haubold. Lips. 1801. 4.

Madihn principia jur. Rom. P. I—V. Frcf. cis Viadr. 1786—91.

Hofacker principia jur. civ. rom. germ. tom. I. Tüb. 1788. tom. II et III. cura *Gmelin*. ibid. 1794—98; edit. 2da ibid. 1800—1803.

Dabelow System der heutigen Zivilrechtsgelahrtheit, 2 Thle. Halle 1794; 2te Ausg. das. 1796; 3te Ausg. unter dem Titel: Handbuch der heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechte das. 1803.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1803. 7te Ausg. das. 1828. 2 Bde. (hierauf bezieht sich Braun, Erörtr. über die bestrittensten Materien des Röm. Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pand. Syst. Stuttg. 1831, über welche Schrift Thibaut's Erklärung in Augsb. Allg. Zeit. vom 1. Oct. 1831 zu vergleichen ist); 8te Aufl. Jena 1834 (hierzu Froben, Erörtr. einzelner Lehren d. röm. Rechts. Stuttg. 1836); 9te nach d. Tode des Verf. von Buchholtz besorgte Ausgabe. Jena 1846.

Wittich, einfaches System des heutigen Zivilrechts. Frankf. 1804—5. 3 Bde.

Günther principia jur. Rom. priv. noviss. Jen. 1805 und 1809. 2 voll. (dazu Glück, Handb. zum system. Studium des neuesten röm. Privatr. Th. 1. auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des röm. Privatr. Erl. 1812).

Hufeland, Lehrb. des in den deutschen Ländern gelt. gem. oder subsid. Zivilrechts. Gießen 1808. 1814. 2 Bde.

Bucher, Versuch einer system. Darstellung des Just. Privatr. Marb. 1808. 3te Ausg. Erl. 1822.

Mackeldey, Lehrb. der Institutionen des heutigen röm. R. Gießen 1814; die folgenden Ausgaben unter dem Titel: Lehrb. des heutigen röm. Rechts. 10te Ausg. Gießen 1833 2 Bde. 11. und 12. nach d. Verf. Tode von Roßhirt besorgte Ausg. Gieß. 1837. 1842 In's Latein. übersetzt von *Hindenburg*. Lips. 1847.

Schweppe das röm. Privatr. in seiner Anwend. auf deutsche Gerichte. Altona 1814. 3te Ausg. 1822. 4te als Handbuch bearbeitete Ausg. Bd. 1 und 2. Gött. 1828. nach des Verf. Tod fortgesetzt von Mejer, Bd. 3—5. Gött. 1831—34. (Zu der 2ten Ausg.: Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatr. 2 Abth. Würzb. 1820 und 21, und desselben Erläuterungen zu den Lehren des Erbr. und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Würzb. 1820).

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Zivilr. nach Heise's Grundriß. München 1822—25. 3 Bde.; 5te nach des Verf. Tod von Fritz besorgte Ausgabe 1836—37. (dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wen.-Ingenh. Lehrb. von Fritz, bisher 3 Hfte. Freib. 1833—39.)

Mühlenbruch doctrina Pandectar. III voll. Hal. 1823—25. edit. III. Hal. 1830—31; auch in deutscher Bearbeitung unter dem Titel: Lehrb. des Pandektenrechts; nach der 3ten Aufl. der doctr. Pandect. deutsch bearbeitet. 3 Bde. Halle 1835—37; 4te nach d. Verf. Tode von Madai bes. Ausg. Halle 1844.

Seuffert, Lehrb. des prakt. Pandektenrechts. Würzb. 1825. 3 Bde.; 2te Aufl. 1848 fgg.

Warnkoenig commentarii jur. rom. priv. Leod. 1825—29. III tom.

Valett ausführl. Lehrb. des Pandektenrechts. Gött. 1828—29. 3 Bde.

Haimberger jus Roman. privatum idque purum. Leopoli 1829—30. IV tom. Auch deutsch Wien 1835.

Puchta, Lehrb. d. Pandekten. Leipz. 1838; 4te nach d. Verf. Tode von Rudorff besorgte Aufl. 1848. Hierzu: Vorlesungen

über d. heutige röm. Recht von Puchta, herausgegeben von Rudorff. 2 Bde. Leipz. 1847. 48.

Göschen, Vorles. über d. gem. Zivilrecht, herausgegeben von Errleben. 3 Bde. Gött. 1838—40.

Kierulff, Theorie d. gem. Zivilr. Bd. I. Altona 1839.

Roßhirt gem. deutsches Zivilrecht. 3 Bde. Heidelb. 1840.

v. Savigny, System d. heut. röm. Rechts. VIII Bde. Berl. 1840—49 (enthalten d. allgem. Theil d. Systems).

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. Zivilr. Bd. I. Leipz. 1843. Bd. II. in 2 Abtheilungen. 1845. 47.

Sintenis d. prakt. gem. Zivilr. Bd. I. Leipz. 1844. Bd. II. 1847. Bd. III. Abthl. I. 1849.

Schmid, Handb. d. gegenwärtig geltenden gem. deutschen bürgerl. Rechts. Besondrer Theil. I. Bd. (d. Lehre v. Eigenthum). Leipz. 1847. II. Bd. (Emphyteusis, Superfizies, Erbleihe, Lehnrecht). 1848.

Mehr zur Pandekten- als zur Institutionen-Literatur gehören auch:

Schilling, Lehrb. für Institutionen und Geschichte d. röm. Privatr. Ersten Bandes I. Lieferung (Einleitung). Leipz. 1834. Bd. II. (Allgem. Theil und Sachenrecht) 1837. Bd. III. (Obligationen 1846).

Puchta, Kursus der Institutionen. Bd. I und II. Leipz. 1841. 42. Bd. III. aus d. Nachlaß des Verf. herausgegeben von Rudorff 1847.

Burchardi, Lehrb. d. röm. Rechts. Bd. I. Stuttg. 1841; Bd. II. in 4 Abtheil. 1843—48.

Boecking, Institutionen. Ein Lehrb. d. röm. Privatrechts. Bd. I. Bonn 1843.

---

2) Gemischte Schriften. §. 10.

Anm. 1) Gesammelte Werke. Außer den schon oben (§. 8. Anm. 1) angeführten Werken von Cujac. sind hier noch folgende hervorzuheben:

Alciati opera omnia, edit. nov. Frcf. 1617. 4 tom. fol.

Corasii O. O. cur. Forsteri. Vit. 1603. 2 tom. fol.

Duareni O. O. edit. noviss. Frcf. 1607. fol.

Goveani opera. Lugd. 1562.

Hotomanni opera cura Lectii. Genev. 1599—1600. 3 tom. fol.

Contii opera ed. Merill. Par. 1616. 4.
Donelli opera cur. Pellegrini. Lucc. 1762—70. 12 tom. fol.
Gentilis O. O. Neap. 1763—69. 8 tom. 4.
Augustini opera. Lucc. 1765—74. 8 tom. fol.
Merillii opera. Neap. 1720. 2 tom. 4.
Alteserrae opera cura Marotta. Neap. 1776—80. 6 tom. 4.
Noodtii opera edit. noviss. Lugd. Bat. 1767. 2 tom. fol.
Westenbergii O. O. Hann. 1746—58. 3 tom. 4.
Bynkershoekii O. O. cura Vicati. Lugd. Bat. 1766. fol.
Heineccii O. O. cum supplem. Genev. 1765—79. 9 tom. 4.

Unter den Sammlungen kleinerer verschiedenartiger Werke desselben Verfassers sind hervorzuheben:

Brissonii opera minora edid. *Trekell.* Lugd. Bat. 1747. fol.
Jac. Gothofredi opera juridica minora cura *Trotzii.* Lugd. Bat. 1733. fol.
Reinoldii opusc. jurid. rar. edit. *Inglerus.* Lugd. Bat. 1755. 8.
Ludewig opuscula miscella. 2 tom. Hal. 1720. fol.
Waechtleri opusc. rarior. c. praef. *Trotz.* Traj. ad Rh. 1733.
Heineccii sylloge opusculorum variorum. Hal. 1735. 4.
J. L. Conradi opuscula ex jure civili. 2 tom. Brem. 1777. 78.
Ch. Fr. G. Meister selector. opuscul. sylloge I. II. Gött. 1767—75.
Schultingii commentationes academicae. Ed. *Uhlius* vol. I—IV. Hal. 1770—74.
Hellfeld opusc. et dissert. jur. civ. priv. Jen. 1775. 4.
Ejusd. oper. minor. tom. I. Jen. 1789. 4.
Crell dissertt. et programm. fasc. I—XII. Hal. 1775—84.
Gebaueri exercitt. acad. varii argum. tom. I. II. Erf. 1776—77.
Glück opusc. jurid. fasc. I—IV. Erl. 1785—90.
Walch opusc. tom. I—III. Hal. 1785—93. 4.
Baueri opusc. acad. tom. I. II. Lips. 1787.
Winkleri opuscula minora. Lips. 1792—97. 2 tom. 8.
F. C. Conradi scripta minora ed. *Pernice.* Hal. 1823.
Hauboldi opusc. acad. vol. I. ed. *Wenck.* Lips. 1825. vol. II. edid. *Stieber.* ibid. 1829.
Bieneri opusc. acad. Lips. 1830. 2 tom. 4.
A. W. Cramer's kleine Schriften, herausgeg. von Ratjen. Leipz. 1837.
Wenckii opusc. acad. edid. *Stieber.* Lips. 1834.
Savigny vermischte Schriften. 5 Bde. Berl. 1850.

2) Vermischte Abhandlungen desselben Verfassers: *Pet. Fabri* Semestrium lib. I. Par. 1570. 4. lib. II. Lugd. 1573. 4. lib. III. ibid. 1595. 4.

Ant. Fabri de erroribus pragmaticorum et interpretum juris P. I—IV. Lugd. 1598.

Vaudi variar. quaest. libri II. Han. 1595.

Hotmanni quaestion. illustrium liber. 1598.

Bachovii-Echtii not. et animadv. ad disput. Treutleri, ed. 2da. Colon. 1688. 2 tom. 4.

de Valentia illustrium juris tractatuum libri III. Salmant. 1625—34. 4.

Vinnii selectar. jur. quaest. libri II. Lugd. Bat. 1653. 8.

Menagii jur. civil. amoenitates. Par. 1664. 8.

Ulr. Huberi digressiones Justinianeae. Frcf. 1670. 8. vermehrt das. 1688 und dann cura Zach. Huberi das. 1696.

Lauterbachii diss. acad. Tub. 1728. 4 tom. 4.

Bergeri diss. jur. select. Lips. 1707. 4.

Hertii comment. atque opusc. de select. et rarior. ex jur. univ. arg. ex edit. Hombergkii. Frcf. 1737. 2 tom. 4.

H. de Cocceji exercit. curiosae. Lemgov. 1722. 2 tom. 4.

Alef dies academici. Heidelb. 1753.

Thomasii dissert. variae. Hal. 1774—80. 4 tom. 4.

Bynkershoek opusc. var. ex edit. Conradi. Hal. 1729. 2 tom. 4.

Nordkerk observationum decas. Amst. 1731.

Leyseri meditationes ad Pand. Vol. I—XI. Lips. 1772. vol. XII et XIII. cur. Hoepfneri. Giess. 1774—80.

J. H. Böhmeri exercitt. ad Pand. cur. G. L. Böhmeri. Han. et Gött. 1745—64. 6 tom. 4.

Majansii disputationes jur. Lugd. Bat. 1752. 4 tom. 4.

Woltaer observationum fascic. I et II. Hal. 1777 u. 79.

G. L. Böhmeri selecta jur. civil. Gött. 1767—78. 3 tom. 4.

Püttmanni adversar. jur. univ. lib. I—III. Lips. 1775—88; varior. opusc. sylloge. Lips. 1786. 8; miscellaneor. lib. sing. Lips. 1793.

Weber, Versuche über das Zivilr. und dessen Anwendung. Schwer. und Wism. 1801.

Gebr. Overbeck, Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 11 Bdchen. Hannov. 1796—1807.

Köchy zivilist. Erörtr. Leipz. 1797.

Bolley, Betracht. über versch. Rechtsmat. Stuttgart 1800. Ders. verm. jur. Aufsätze. Stuttg. 1831.

Hübner disput. jur. civ. Jen. 1806.

Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jen. 1798—1801. 2te Aufl. Jen. 1817. 2 Bde.

Desselb. zivilist. Abh. Heidelb. 1814.

Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Praktiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Zivil- und Lehnrecht. Halle 1799.

v. Ende vermischte jurist. Abh. Th I. Celle 1802. — Ders. verm. jurist. Ausführungen. Hannov. 1816.

Baueri respons. ad quaest. ex jure var. Lips. 1801. 2. voll. 4.

Feuerbach ziv. Versuche. Gieß. 1803.

Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutsch. und röm. Privatr. Marb. 1803.

Schöman Handbuch des Zivilr. in einzelnen Abh. 2 Th. Gießen 1806.

Buchholz Vers. über versch. Rechtsmat. Lüb. 1808.

Schrader Abh. aus dem Zivilr. Han. 1808.

Desselb. zivil. Abh. Weim. 1816. 2 Abth.

Unterholzner jurist. Abh. Münch. 1810.

Goeschen observ. jur. Rom. specim. Berol. 1811.

Hufeland über den eigenth. Geist des röm. Rechts. Eine Reihe von Abh. Gieß. 1815—1817. 2 Th.

Batz Abh. über versch. Gegenstände d. nat. und pos. Rechts. Tüb. 1816.

Dabelow Hdb. des Pand. Rechts in einer krit. Revision seiner Hauptlehren. Halle 1816—18. 3 Th.

v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des röm. bürg. Rechts Braunschw. 1817.—18. 2 Th.

Kämmerer Beitr. zur Gesch. und Theor. des röm. Rechts. I. Bd. Rost. und Schw. 1817.

Ejusd. observat. jur. civ. Rost. 1827.

Klüpfel über einzelne Theile d. bürgerl. R. Stuttg. 1817.

Witte Abh. aus dem Gebiete des röm. Rechts. Berl. 1817.

Mühlenbruch observat. jur. Rom. spec. I. Regim. 1818.

Schweppe jurist. Mag. 1 Fasc. Alt. 1818.

Gesterding alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifsw. 1818.

Desselb. Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmat. Greifsw. 1825 - 40; 6 Bde u. Bd. VII. Abth. I.

Dirksen ziv. Abh. Berl. 1820. 2 Bde.

Dess. Vers. zur Krit. und Ausleg. der Quellen des röm. Rechts Leipz. 1823.

Dess. Beitr. zur Kunde des röm. Rechts Leipz. 1825.

Dess. verm. Schriften Th. I. Berl. 1841.

Neustetel und Zimmern römisch rechtl. Unters. für Wissensch. und Ausüb. Heidelb. 1821.

Reinhardt vermischte Aufsätze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtsw. H. 1—3. Stuttg. 1822—27.

G. Fr. Puchta zivil. Abh. Leipz. und Berl. 1823.

Kritz exeg. prakt. Abh. über ausgewählte Materien des Zivilrechts. Leipz. 1823.

Valett prakt. theor. Abh aus dem Geb. des röm. Privatr. Gött. 1824.

Pfeiffer prakt. Ausf. aus allen Theilen der Rechtsw. Hannover 1825 1846; 8 Bde. 4.

Francke zivil. Abh. Gött. 1826.

Desselb. Beiträge z. Erläut. einzelner Rechtsmat. Götting. 1828.

de Schröter observationes jur. civil. Jen. 1823.

Heise und Cropp, jurist. Abh. 2 Bde. Hamb. 1827-30.

Guyet Abhandl. aus dem Gebiet d. Zivilr. Heidelb. 1829.

v. Langenn und Kori Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus d. gem. und sächs. Zivilr. und Zivilpr. 3 Th. Dresden und Leipzig 1829—32. (2te Aufl. 1836 u. 37).

Weiske skept. prakt. Behandlung einiger zivilrechtl. Gegenst. Leipzig 1829.

Funke Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien. Chemn. 1830.

Huschke Studien des röm. Rechts. Bd. I. Bresl. 1830.

Kritz Darstell. prakt. Materien des röm. Rechts. Bd. I. Dresden und Leipz. 1831.

Weiske quaest. jur. civil. in usum fori compar. Zwiccav. 1831.

H. K. Hoffmann Vers. in Bearbeit. d. röm. Rechts. 2 H. Darmst. 1830 u. 31.

v. Buchholtz Vers. über einzelne Theile der Theorie des heut. röm. Rechts Königsb. 1831.

Dess. jurist. Abh. aus dem Gebiet des heut. röm. Rechts Königsb. 1833.

Büchel zivilrechtl. Erörter. 2 Bde. Marb. 1832—39; 2. Aufl. d. 1. Bds. Marb. 1847.

Müller ziv. Abh. Bd. I. Gieß. 1833.

Röder Abh. über prakt. Fragen des Zivilr. Gieß. 1833.

W. Sell Versuche im Gebiet des Zivilr. 2 Thle. Gieß. 1833-34. (der 2te Theil auch unter dem besondern Titel: die Lehre von den unmöglichen Bedingungen).

Fuhr und Hoffmann zivil. Vers. Heft. I. Darmst. 1835.

Seuffert gesammelte rechtswissenschaftl. Abhandlungen. Erl. 1837.

Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Zivilr. und Zivilproz. Bonn 1837.

v. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte d. gem. Zivilr. Riga u. Leipz. 1839.

v. d. Pfordten Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erl. 1840.

W. Wolff Abhandlungen aus dem bürgerl. Rechte 2 Hefte 1840—43.

H. Sintenis capita selecta ex jure civili. Gies. 1840.

Einert Erörterungen einzelner Materien des Zivilr. Dresd. u. Leipz. 1840.

Heyer Abhandlungen aus versch. Theilen d. Rechtsw. Gieß. 1841.

Schmidt (v. Ilmenau) zivilist. Abhandl. Jena 1841.

Ihering Abhandlungen aus d. röm. Rechte. Leipz. 1844.

Wächter Erörtr. aus dem röm., deutsch. u. würtemberg. Privatr., bis jetzt 3 Hefte. Stuttg. 1845 u. 1846.

Lenz Studien und Kritiken im Gebiete d. preuß., röm. u. deutsch. Rechts. Greifsw. 1847.

Ortloff, Heimbach, Schüler u. Guyet jurist. Abhandl. und Rechtsfälle Bd. I. Jena 1847.

Bachofen, ausgewählte Lehren d. röm. Zivilr. Bonn 1848.

Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des gem. u. französ. Zivil- u. Prozeßrechts. Frankf. 1849.

3) Vermischte Abhandlungen. verschiedener Verfasser:

Tractatus univers. jur. („tractatus tractatuum") Venet. 1584. XXIII. tom. fol.

Ottonis thesaur. jur. Roman. tom. I—IV. Lugd. Bat. 1725—29. fol., dann tom. I—V. Traj. 1733—35.

Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom. I—III. Lugd. Bat. 1738—41. fol.

Meermanni nov. thes. jur. civ. et canon. tom. I—VII. Hag. Com. 1751—53. f.; supplem. edid. J. L. B. de Meermann. Hag. 1780.

Fellenberg jurispr. antiqua continens opuscula et dissertationes. 2 tom. Bern. 1760—61. 4.

Oelrichs thesaur. dissertation. juridicar. select. in acad. Belg. habitar. 2 voll. in 6 tom. Lips. 1769—70.

Ejusd. nov. thesaur. dissert. 3 voll. in 6 tom. Brem. 1771—82.

Collectio dissertationum historico-antiquario-juridicarum in acad. Germ. habitarum. Brem. 1785. 4.

Hagemann und Günther Archiv für theor. und prakt. Rechtsgel. 6 Bde. Braunschw. 1788—92.

Hugo zivil. Magaz. 6 Bde. Berl. 1791—1837.

Magaz. für die Philosophie und Gesch. des Rechts und der Gesetzgebung angelegt und herausgegeben von Grolmann. 2 Bde. Gieß. 1800—1807, dann unter dem Titel: Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb., herausgegeben von v. Grolman. und v. Löhr. Bd. III. und IV. H. 1—3. Gieß. 1820—25., H. 4. 1844.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtsw., herausgegeben von v. Savigny, Eichhorn und Göschen (statt des Letztern seit d. 8. Bde. Klenze u. seit d. 10. Bde. Rudorff; bis jetzt 15 Bde.

Archiv für die ziv. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. Vom 5. Band an von v. Löhr, Mittermaier und Thibaut, und vom 14. Bd. an von Linde, v. Löhr, Mittermaier, Mühlenbruch, Thibaut und Wächter, denen vom 16. Bde. an Francke und vom 24. Bde. an Vangerow beigetreten ist; bis jetzt 33 Bde.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben v. Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim (seit dem 5. Bde. statt des letztern v. Schröter) Gießen 1828—44, 20 Bde. Ders. Zeitschr. neue Folge bis jetzt 7 Bde.

Rhein. Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie, herausgegeben von Hasse, Böckh, Niebuhr und Brandis. Erster Jahrg. Bonn 1827. Vom zweiten Jahrgang an erschien die jurist Abtheilung getrennt unter dem Titel: Rhein. Mus. für Jurispr. herausgegeben von Blume, Hasse, Puchta, Puggé; von 4 Bd. 2 Heft an von Blume, Bocking, Hollweg, Puchta, Puggé und Unterholzner (vom 5ten Bd. auch mit dem besonderen Titel: neues Rhein. Mus. für Jurispr.) Bonn 1827—35, 7 Bde.

Themis, Zeitschrift für prakt. Rechtsw. herausgegeben von Elvers. 2 Bde. Gött. 1827—29. Ders. Zeitschr. neue Folge Bd. I. Gött. 1838—1841.

Zeitschr. für Zivil- und Kriminalr. herausgegeben von Roßhirt; seit Bd. I. H. 3. von Roßhirt und Warnkönig, seit Bd. III. wieder von Roßhirt allein; bis jetzt 5 Bde.

Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeit. d. röm. Rechts, herausgegeben v. K. und W. Sell. Braunschweig 1841—44, 3 Bde.

Hierher gehört auch gewisser Maßen das Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, redigirt von Weiske, Leipz. 1839 fgg. bis jetzt 7 Bde.

4) Sammlungen von Rechtsfällen, Rechtssprüchen, Gutachten u. kürzeren praktischen Erörterungen. §. 10a.

Anm. Unter den außerordentlich zahlreichen Schriften dieser Art sind folgende hervorzuheben:

Mynsinger consilior. decades VI. 1576. *Ejusd.* singulares observ. cameral. 1576.

Gaill pract. observationum libri II. 1580. Genev. 1740.

A. Faber codex definitionum forens. et rer. in Saband. senatu tract. („codex Fabrianus") 1606, ed. nov. Genev. 1740.

Vultejus consilia s. responsa facult. jurid. in acad. Marp. IV. voll. 1611 sqq.

Berlich conclusiones practicabiles. Lips. 1618 u. öfter IV. partes. — *Ejusd.* decisiones. Lips. 1625. pars II et III. Jen. 1660, zusammen unter dem Titel: decisiones aureae in tres partes divisae. Frf. 1685.

Carpzov jurisprud. forensis Frf. 1638, c. Mylii Lips. 1721. — *Ejusd.* responsor. libri VI. Lips. 1642. — *Ejusd.* decision. saxon. p. I–III. Lips. 1646 sqq. 1729.

Mevius decisiones Wismar. tribunalis Strals. 1664, c. Hoepfneri Frf. 1791.

Harpprecht consilia juridica Tubingensia. VII. voll. Tub. 1695 sqq.

de Lynker consilia v. responsa. Jen. 1704 sqq. II. voll.

J. B. a Wernher selectae observationes forenses. Viteb. 1710 sqq. Jen et Lips. 1756.

de Berger responsa Lips. 1708. *Ejusd.* consilia Lips. 1731.

J. H. Böhmer consultationes et decisiones. Hal. 1733 sqq. III. voll.

Fr. Es. a Pufendorf observationes juris universi. Cell. 1744 sqq. IV voll. — *Ejusdem* animadversiones juris. Hanov. 1783.

Strube rechtliche Bedenken. Hannov. 1761 fgg. 5 Bände, systematisch geordnet und mit Anm. begleitet von Spangenberg. Hannov. 1827 fgg 3 Bde.

Hommel rhapsodia quaestionum in foro obvenientium. Lips. 1765. sqq. VII. voll.

Pütter auserlesene Rechtsfälle. Gött. 1763 fgg. 4 Bde. Fol.

Collectio notabilior. decis. supr. trib. app. Hass. Cass. 1768–1821, XVII voll. 4.

Becker Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle. Eisenach 1774 fgg. 5 Bde.

(Gmelin u. Elsässer) gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle. Frf. 1777 fgg. 5 Bde.

Beckmannorum fratrum consilia et decisiones. Gött. 1784. II Part.

Westphal öffentl. und Privat=Rechtsgutachten und ausgesuchte Rechtserkenntnisse d. bürgerl. Rechts. Leipz. 1792. 2 Bde.

Quistorp rechtl. Bemerkungen. Leipz. 1793, 98. 2 Bde.

Kind quaestiones forenses. Lips. 1792 sqq. 4 voll.

Klein merkw. Rechtssprüche der Hall. Juristen=Fak. Berl. 1796 fgg. 5 Bde.

v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörtr. aus allen Theilen d. Rechtsgel. Hannov. 1798 fgg. 7 Bde; 8. und 9. Band von Spangenberg, auch unter d. Titel: prakt. Erörtr. u. s. w. von Spangenberg, Bd. 1 u. 2. 1829—31.

Albrecht Entscheidungen merkw. Rechtsf. Hannov. 1799—1802. 3 Bde.

G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. Gött. 1799—1801. 3 Bde.

v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle. Hannov. 1802—10. 4 Bde.

Martin Rechtsgutachten und Entscheid. des Spruchkoll. der Univ. Heidelb. erster (u. einziger) Band. Heidelb. 1808.

Gottschalk select. discept. for. capita. Dresd. 1816 sqq., 2da edit. 1826 sqq. III. voll.

Dalwigk prakt. Erörtr. auserles. Rechtsfälle. Hannov. 1823.

v. d. Nahmer Samml. der merkw. Entscheid. des Nassauischen O. A. G. Frankf. 1824. 25. 2 Bde.

Waldeck Kontroversen=Entscheid. d. gemeinschaftl. O. A. G. d. Herz. Braunschweig 1827.

Kritz Sammlung v. Rechtsfällen u. Entscheid. ders. Leipz. 1833 fgg. bis jetzt 5 Bde.

Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen, gezogen aus Zivilrechtssprüchen der höhern Gerichtsstellen im Königr. Würtemb. Tüb. 1834.

Elvers prakt. Arbeiten. Rost. 1836.

v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen mit Rücks. auf Erkenntn. von Oberbehörden. Leipz. 1840.

Schwarze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Materien. Dresd. 1841.

Wilh. v. Pufendorf, Observationen über Gegenst. des Zivil= und Proz. Rechts. Celle 1841.

Schaffrath, prakt. Abhh — — mit Entscheid. höherer Behörden. Bautzen 1841.

Höpfner, Beiträge zur zivilgerichtl. Prax. Leipz. 1841 fgg. bis jetzt 2 Bde.

Flach, Entscheid des Herz. Naß. Oberappell. Ger. zu Wiesbaden. Gieß. 1842—44. 2 Th.

Tafel auserlesene Zivilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemb. Oehringen 1841. 42. 2 Hefte.

Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des Ob. App. Ger. zu Kassel. 1842 fgg. bis jetzt 3 Bde.

Hellfeld, interessante zivilrechtl. Entscheid. der höchsten deutschen und andrer Spruchbehörden. Weim. 1843.

Habicht, rechtl. Erörtr. und Entscheid. gemeinr. Kontrov., entnommen aus den richterl. Arbeiten. Bd. I. Zeibst 1843.

Arnold, prakt. Erörtr. aus d. Rechtsgeb. Erl. 1844—45. 2 Hefte.

Gett, prakt. Erörtr. aus dem gesammten Gebiete der Rechtsw. Erl. 1845.

Arends Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gem. und bayr. Zivil-Rechte und Proz. Nördl. 1845 fgg. bisher 2 Bde.

Rechtssprüche und Gutachten der Juristen-Fakultät zu Rostock. Berl. 1846.

Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der würtemberg. Zivilgerichte. Tüb. 1846. Neue Folge Tüb. 1848.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München 1847 fgg., bisher 3 Hefte.

---

5) Schriften über das jus controversum. §. 10ᵇ.

Anm. Schon die Kontroversen unter den Glossatoren wurden von gleichzeitigen Schriftstellern zum Gegenstande besondrer Darstellungen gemacht, und die auf uns gekommenen Schriften dieser Art sind jetzt vollständig herausgegeben von G. Hänel **dissensiones dominorum s. controversiae veter. jur. Rom. interpretum, qui glossatores vocantur. Lips.** 1834. — Später bildete sich eine reiche Literatur über das **jus controversum**, worunter etwa folgende Schriften besonders hervorzuheben sind:

Vasquii **illustr. controvers. libri VI. Frf.** 1572 u. ö. — *Ejusd.* **controversiar. usu frequentium libri III. Frf. 1599.**

Vallae de reb dub. et quaestionib. controvers. tract. XX. Frf. 1577 u. ö.

Fachinei controversiar. jur. libri XIII. Ingolst. 1595 sqq. u. ö.

Jo. del Castillo Sotomaior controvers. jur. quotid. libri IV. Compl. 1603 u. ö. Dazu *Nic. Antonii* repertor. rer. notabilium in controvers. Jo. del Castillo Sotomaior. Lugd. 1686.

de Passeribus conciliatio cunctar. legum. Colon. 1618.

Merendae controversiae juris. Frf. 1626 u. ö. IV voll.

Struvii evolutiones controversiarum. Jen. 1669 u. ö.

de Berger resolutiones legum obstantium. Viteb. 1692 u. ö.

Sam. de Cocceji jus civile controversum. Frcf. 1710. 2 voll. u. ö. Edit. nov. — — perpetuis notis illustravit *Emminghaus*. Lips. 1791—1799. 2 voll. (geht nur bis lib. XIX. tit. 5.).

Walch introductio in controversias jur. civ. Jen. 1771 u. ö.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Von den Quellen des Rechts oder dem Rechte im objektiven Sinne.

Savigny, Syst. I. Kap. 2. 3; Günther, Betrachtungen über das Gesetz im Staate. Leipz. 1842 (auch in Weiske's Rechtsler. IV. S. 694 fgg.).

I. Vom jus naturale, gentium und civile. §. 11.

Inst. I. 2. de jure naturali, gentium et civili. — Dirksen im Rhein. Mus. I. 1. (auch in dessen verm. Schriften I. 9.); Puchta, Gewohnheitsr. I. Kap. 3; Savigny, Syst. I. S. 109 fgg. S. 413 fgg.

II. Von der Verschiedenheit der Rechtsquellen nach ihrer Entstehung.

A. Vom jus scriptum.

1) Ueberhaupt. §. 12.

Dig. I. 3. de legibus, senatusque consultis [et longa consuet]; I. 4. de constitutionibus principum.

§. 3. I. de jure natur. (1, 2): Constat autem jus nostrum

aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est: lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. — Savigny, Syst. I. S. 106 fgg., Dirksen verm. Schriften I. S. 99 fgg.

Anm. Die verschiedenen Arten des **jus scriptum**, welche im früheren Rom vorkamen, die **leges**, **plebiscita**, **senatusconsulta** u. s. w. mußten bei veränderter Verfassung von selbst hinwegfallen, und h. z. T. gibt es nur noch eine Art, nämlich das auf verfassungsmäßige Weise promulgirte und publizirte Gesetz.

1) Unter verfassungsmäßiger Promulgation versteht man jetzt gewöhnlich, daß das Gesetz auch wirklich von der, durch die Verfassung des einzelnen Staates bestimmten gesetzgebenden Gewalt ausgegangen sein müsse. In s. g. konstitutionellen Monarchieen wird dazu regelmäßig die Einwilligung der Volksvertreter verlangt, und der Regierung allein nur das Recht gegeben, Verfügungen über die Vollziehung der Gesetze zu erlassen (s. g. Verordnungen oder Ordonnanzen), und hierbei ist denn in neuerer Zeit die wichtige Streitfrage entstanden, ob die Gerichte befugt seien, die Giltigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Volksvertreter erlassenen Verfügungen einer Prüfung zu unterwerfen? Viele behaupten hier, daß eine Verfügung, sobald sie in der Form Rechtens publizirt sei, von allen Unterthanen und auch von dem Richter beobachtet werden müßte, denn die etwa erforderliche Zustimmung der Landstände gehöre nur zur Form der Entstehung der Gesetze, betreffe aber nicht die Verbindungskraft derselben, und wenn etwa hierbei Rechte der Landstände verletzt worden seien, so könne nur diesen das Recht zugestanden werden, die Zurücknahme einer so erlassenen Verfügung und Wiederherstellung der etwa dadurch verletzten Privatinteressen zu urgiren, vgl. Schweitzer in Martin's Jahrb. der Gesetzg. in Sachsen Jahrg. III. H. 3. S. 297 fgg., die ungenannten Verfasser der: Beiträge zum konstit. deutschen Staatsr. Darmstadt 1833. Heft 2. und besonders Linde im ziv. Arch. XVI. S. 305 fgg. Andere aber, und gewiß mit mehr Recht, gehen davon aus, daß eine Verfügung überhaupt nur dann als Gesetz gelten könne, wenn dabei die verfassungsmäßigen Vorschriften beobachtet seien. Da nun der Richter blos zur Anwendung von Gesetzen verpflichtet ist, so stellt sich daraus nicht blos das Recht, sondern die Verpflichtung des Richters heraus, Verfügungen, die nicht auf verfassungsmäßige Weise

zu Stande gekommen sind, unberücksichtigt zu lassen, vgl. auch Jordan im civ. Arch. VIII. S. 214. Martin's Jahrb. a. a. O. S. 264 fgg., S. 268 fgg. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. III. S. 279 fgg. Zachariä im civ. Arch. XVI. S. 145 fgg. Wächter, Handb. d. Würtemb. Privatr. Bd. II. §. 7, Puchta, Vorles. I. S. 33 fgg.

2) Die Publikation ist die öffentliche Bekanntmachung des Gesetzes, und durch sie allein erhält dasselbe für die Unterthanen verbindende Kraft. Bestritten aber ist, ob diese Publikation von demjenigen, der ein Gesetz für sich anführt, im Läugnungsfall bewiesen werden müsse? Viele behaupten dies, weil dieselbe ein Faktum sei, und also wie andre Fakta auch bewiesen werden müsse, vgl. z. B. Thibaut, Syst. §. 25. und die dort Angeff., Wening, Lehrb. §. 8. Not. nn. Es ist dies aber gewiß unrichtig, da es die unbedingte Verpflichtung eines Richters ist, die Gesetze seines Landes zu kennen. Da nun ohne Publikation der Begriff eines Gesetzes gar nicht vorhanden ist, so versteht es sich, daß der Richter ex officio von der geschehenen Publikation sich Kenntniß verschaffen muß, und dieselbe also niemals zum Gegenstand einer Beweisauflage machen kann, c. 44. X. de appell. (2, 28): „quum frequenter juris quaestio moveatur, *cujus apud nos probationes necessariae non existunt* — —". Weber über die Verbindl. zur Beweisführ. II. §. 3. (in der Ausg. von Heffter. Halle 1832. S. 14 fgg.), Schweppe, Hdb. I. §. 21.

---

2) Von Reskripten, Dekreten, Mandaten insbesondre.

§. 13.

Cod. I. 15. de mandatis principum; I. 19. de precibus imperatori offerendis, et de quibus rebus supplicare liceat vel non; I. 21. ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare; I. 22. si contra jus vel utilitatem publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum; I. 23. de diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus. — Guyet, Abhandl. Nr. 4, Savigny, Syst. I. §. 23. 24, Puchta, Kursus d. Institut. I. §. 109—13.

B. Vom jus non scriptum.

1) Gewohnheitsrecht.

Dig. I. 3. de [legibus senatusque consultis et] longa consuetudine, Cod. VIII. 53. quae sit longa consuetudo. — Glück, Komm. I. S. 427 fgg.; (Hübner) Berichtig. und Zusätze zu den Institut. Leipz. 1801. S. 151 fgg., Schöman, Handb. I. Nr. 2, Volkmar, Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsr. Braunschw. 1806, Hugo im ziv. Mag. IV. S. 89 fgg., Klötzer, Vers. eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsr. Jen. 1813, Gesterding im ziv. Arch. III. S. 259 fgg., Schmidt, Vers. einer Theorie des Gewohnheitsr. Leipz. 1815, Puchta das Gewohnheitsr. Th. I. Erl. 1828, Th. II. 1837, Savigny, Syst. I. §. 12. 18. 25. 28--30, Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 3, Brinckmann das Gewohnheitsr. im gem. Zivilr. und Zivilproz. Heidelb. 1847. Zum Theil gehört hierher auch Beseler, Volksr. und Juristenrecht. Leipz. 1843, namentl. Kap. 2, womit zu vergleichen ist Puchta's Kritik v. Beseler's Volksr. und Juristenr. Berl. 1844. (bes. abgedruckt aus den Berl. Jahrb. für wissenschaftl. Kritik), wogegen dann wieder Beseler, Volksr. und Juristenr.; erster Nachtrag: G. Fr. Puchta. Leipz. 1844.

a) Begriff und Rechtsgrund des G. R. §. 14.

Puchta a. a. O. Buch II. und Buch III. Kap. 1; Savigny a. a. O. §. 12; R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts. Jena 1848. S. 167 fgg., bes. S. 212 fgg.

Hermogenian. l. 35. h. t.: Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.

Anm. Während man früher ganz allgemein unter Gewohnheitsrecht ein durch Gewohnheit, also durch längere Uebung erzeugtes Recht verstand, und man also in der Gewöhnung die eigentliche Quelle des Gewohnheitsrechts sah: so darf h. z. T. diese Ansicht als über-

wunden angesehen werden, seitdem, insbesondre durch den wohlthätigen Einfluß der historischen Schule, richtigere Ansichten über die Entstehung des Rechts überhaupt zu allgemeinerer Geltung gelangt sind, und zwar sind hier vor Allen die Untersuchungen von Puchta und Savigny von entscheidendem Einfluß gewesen. Zur schärferen Feststellung des Verhältnisses der Gewohnheit zum Gewohnheitsrechte mögen die folgenden Andeutungen dienen.

1) Wenn wir eine normale Rechtsbildung voraussetzen, so kann der wahre Grund des Gewohnheitsrechts nur in dem nationellen Rechtsbewußtsein gefunden werden. Ist in diesem ein gewisser Rechtssatz begründet, so strebt derselbe sich zu entfalten und zur Anwendung zu kommen, und so wird denn also durch den im Volksbewußtsein begründeten und also allerdings schon vorhandenen Rechtssatz die Gewohnheit hervorgerufen, nicht aber umgekehrt, wie es die frühere herrschende Lehre annahm, durch die Gewohnheit der Rechtssatz erzeugt, und die Gewohnheit ist also nicht sowohl der Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts, als vielmehr nur die äußere Erscheinung und die Erkenntnißquelle desselben. Daß nach dieser Auffassungsweise, deren Wahrheit schwerlich noch verkannt werden dürfte (vgl. jedoch auch Schmid a. a. O. S. 214 fgg.), dem Gewohnheitsrechte eine viel würdigere Stellung gebührt, als nach der früher herrschenden Lehre, bedarf keiner besondren Ausführung.

2) Doch aber läßt sich auch der herrschenden Lehre eine wahre Seite abgewinnen. Der Rechtssatz an sich ist allerdings schon vor der Gewohnheit da, und erzeugt die letztre; aber die praktische Geltung dieses Rechtssatzes wird nur erst durch die Uebung desselben herbeigeführt. Diese ist gleichsam das, was bei dem **jus scriptum** die Publikation ist, und in derselben Weise, wie man sagen kann, daß ein Gesetz durch Publikation entstehe, so kann man auch sagen, das Gewohnheitsrecht entstehe durch die Gewohnheit. So darf man denn auch den römischen Juristen keinen Vorwurf machen, wenn sie von **jus moribus** ***constitutum*** oder ***introductum*** reden, und man darf aus solchen oder ähnlichen Ausdrücken nicht schließen, daß ihnen das wahre Sachverhältniß verborgen geblieben sei.

3) Endlich darf auch nicht verkannt werden, daß es allerdings Fälle geben kann, in denen wirklich der Rechtssatz durch die Gewöhnung, durch die **consuetudo** erst hervorgerufen, und nicht blos zur äußern Erscheinung gebracht wird, und namentlich wird dies leicht da der Fall sein, wo der Inhalt des Rechtssatzes an sich gleichgültig (z. B. Fristbestimmungen, Formen u. dgl.), aber doch einer Fixirung bedürftig ist, vergl. auch Kierulff, Zivilr.

S. 6 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. I. §. 38. Not. 3, Savigny Syst. I. S. 35 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 21 fgg. Wenn jetzt Beseler, Syst. des gem. deutschen Privatr. I. §. 33. in solchen Fällen, in denen durch die Gewöhnung der Rechtssatz selbst entsteht, den besondren Namen Herkommen vorschlägt, so dürfte eine solche Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Herkommen sich doch zu sehr von dem bisherigen Sprachgebrauch entfernen. (Derselbe Vorwurf trifft auch die neuerlichst von Schmid a. a. O. S. 195 fgg. vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Herkommen, wornach das letztre nur solche Bestimmungen umfasse, die in das Bereich des gewillkürten Rechts fallen, und daher auch nur als Auslegungsmittel Bedeutung habe).

---

b) Erfordernisse des Gewohnheitsrechts. §. 15.

Puchta Bd. II. S. 24 fgg., Savigny I. S. 171 fgg., Brinckmann S. 6 fgg., Sintenis I. S. 39 fgg.

c) Wirkungen. §. 16.

Puchta II. S. 199 fgg., Savigny I. S. 149 fgg. S. 194 fgg., S. 420 fgg., Brinckmann S. 21 fgg.

1) *Julian.* l, 32. h. t.: De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. (§. 1.) Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

2) *Constantin.* l. 2. C. h. t.: Consuetudinis ususque lon-

gaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem.

3) *Cels.* l. 39. h. t.: Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. (Vgl. *Smallenburg* in Schultings notae ad Dig. ad h. l. tom. I. p. 107. 108. — Puchta a. a. O. I. S. 99 fgg., II. S. 62 fgg., Savigny I. S. 178, Sintenis I. S. 41 Not. 42.)

Anm. Die Frage, ob durch Gewohnheit auch ein Gesetz aufgehoben werden könne, war von jeher streitig. In Text 1. wird dieselbe auf das Bestimmteste bejaht, während freilich im T. 2. eben so bestimmt die verneinende Antwort enthalten zu sein scheint. Nicht Wenige nehmen daher einen Vorzug des letztern Gesetzes an, indem Julian's ganze Argumentation auf republikanischen Ideen von Volksgesetzgebung beruhe, die zu Constantin's Zeit freilich keine Geltung mehr hätten haben können. Da aber Julian's Ausspruch in die Pandekten aufgenommen wurde, und zwar gewiß nicht aus Versehen, wie namentlich noch aus einer damit vorgenommenen Interpolation hervorgeht (**suffragio legislatoris!**), und da überdies Justinian selbst noch mehrfach denselben Gedanken wiederholt, §. ult. **J. de jure natur.** (l. 2), **lex Deo auctore** §. 10. **Nov.** 89. **cap.** 15. **verb.: quoniam et non utendo rel.**, so ist jene Annahme gewiß unhaltbar, und die Meisten suchen daher durch Interpretation beide Gesetze zu vereinigen. Nennenswerth sind hier folgende Versuche: 1) Manche, zum Theil verleitet durch eine übrigens ziemlich unverständliche Scholie zu den Basiliken (**ad libr. II. tit.** 1, **fr.** 51. bei **Fabr. I. p.** 38. bei **Heimb. I. pag.** 39) unterscheiden zwischen **desuetudo** (**l.** 32. **cit.**) und **consuetudo contraria** (**l.** 2. **cit.**), vgl. z. B. ***A. Faber* Ration. ad l.** 32. **cit.** Elvers jurist. Zeit. 1828. Nr. 95. 96. Reinhardt Ergänz. zu Glück I. S. 147 fgg. — 2) Donellus **comm. jur. civ. lib. I. c.** 10. gegen Ende will die **l.** 2. **cit.** so verstehen, daß darin nicht das Verhältniß einer konkreten Gewohnheit zu einem konkreten Gesetz bestimmt werde, sondern es sei da nur von der **consuetudo** und der **lex in abstracto** die Rede. Die **consuetudo in genere** solle nicht stärker sein, als die **lex in genere.** Damit vertrage es sich recht gut, daß eine **lex populi Rom.** durch eine **consuetudo populi Rom.** aufgehoben werden könne; aber nicht vereinbar mit dem Ausspruch Constantins sei es z. B. wenn eine **consuetudo municipii** einer **lex pop. Rom.**

oder einer **constitutio principis** derogiren wollte, da auch eine **lex municipii** dies nicht vermöge, und darauf daß eine lokale Gewohnheit nicht gegen ein allgemeines Landesgesetz aufkommen könne, lauft auch die Erklärung von Savigny l. S. 420 fgg. hinaus. — 3) Andere finden in l. 2. cit. nur den freilich nicht zu bezweifelnden Satz ausgesprochen, daß ein neues Gesetz eine bestehende Gewohnheit aufhebe, vgl. z. B. Glück Komm. l. S. 517. und die da Angef. und im Wesentlichen auch Busch im ziv. Arch. XXVII. S. 197 fgg. — 4) Nach Thibaut Syst. §. 17. vergl. mit Braun's Erörtr. S. 27 fgg. soll man unterscheiden, ob der Regent eine einzelne derogirende Gewohnheit billige, oder nicht. Da noch zu Justinians Zeit das Princip der Volkssouverainität angenommen worden sei, so verstehe es sich hiernach, daß durch derogirende Gewohnheit des ganzen Volks ein Gesetz habe aufgehoben werden können, und davon sei die l. 32. zu verstehen, während die l. 2 cit. nur von partikulären Gewohnheiten rede. — 5) Viele wollen die l. 32. cit. bloß von subsidiären, die l. 2. cit. aber von absolut ge= oder verbietenden Gesetzen verstehen, vgl. z. B. Mühlenbruch Lehrb. §. 38. bei Not. 13. und §. 39 bei Not. 4. Fritz Erläuterungen zu Wening I. S. 38. — 6) Auf eigenthümliche Weise legt Gesterding im ziv. Arch. III. N. 18. §. 9. die l. 2. cit. aus. Er legt nämlich folgenden Fall unter: wenn über zwei verschiedene Fälle, über den einen ein Gesetz, über den andern ein Gewohnheitsrecht existirt, und nun kommt ein dritter Fall vor, welcher durch keine ausdrückliche Norm entschieden ist, wo man aber möglicher Weise sowohl die Analogie des Gesetzes, als auch die des G. R. anwenden könnte, so soll das Gesetz vor der **consuetudo** den Vorzug haben. Dieser Ansicht ist neuerlich auch Jäger in der Gießer Zeitschr. IX. S. 430 fgg. beigetreten. — 7) Puchta I. S. 81 fgg., II. S. 199 fgg. geht davon aus, daß durch Gewohnheitsrecht allerdings Gesetze aufgehoben werden könnten, bei Erklärung der l. 2. cit. aber S. 116 fgg., II. S. 213. dringt er auf scharfe Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und **consuetudo**. Die letztere sei nur die äußere Erscheinung, der Erkenntnißgrund des Erstern, und könne auf Geltung nur dann Anspruch machen, wenn auch das innere Moment, die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung, vorhanden sei; jeder Grund also, welcher die Möglichkeit dieser gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ausschließe, benehme der **consuetudo** alle Kraft. Dies und nur dies sei der Sinn der l. 2. cit., die so zu paraphrasiren sei: „die fortwährende lange Anwendung hat allerdings keinen geringen Einfluß auf die Erkenntniß des Rechts, nur hat sie diesen Einfluß nicht an und für sich, sondern in Verbindung mit dem innern Moment, das ihr zu Grunde

liegt, und die Hauptsache ist. Es ist also nicht genug, daß eine lange Uebung eines Satzes vorhanden sei, sondern dieser Satz muß auch eine gemeinsame Ueberzeugung, ein Rechtssatz, also namentlich die Existenz eines solchen in einem gegebenen Falle nicht juristisch oder gesetzlich unmöglich, nicht **contra rationem juris aut legis** oder **contra rationem aut legem** sein. Denn das äußere Moment ersetzt das innere nicht, hebt es nicht auf; „**usus non vincit rationem aut legem**".

Keine dieser Auslegungen kann bei genauerer Betrachtung genügen. Alle Schwierigkeit aber hebt sich einfach, wenn man die **l. 2.** von einem Fall versteht, wo ein Gesetz von vorne herein eine künftig sich etwa dagegen bilden wollende Gewohnheit untersagt hat. Geht man nämlich von dem Satze aus, daß eine Gewohnheit ganz die Kraft eines Gesetzes habe, so könnte für einen solchen Fall leicht der Gedanke entstehen, daß, wenn sich nun trotz des entgegenstehenden Gesetzes eine Gewohnheit gebildet habe, diese doch auf Geltung Anspruch machen könne, denn wenn in einem Gesetze ein künftiges entgegenstehendes Gesetz verboten wird, so ist eine solche Klausel bekanntlich schlechthin unwirksam. Ein solcher Zweifel war nun dem Kaiser vorgelegt, und er schneidet denselben in der **l. 2. cit.** dahin ab, daß eine Gewohnheit zwar viele Kraft habe, aber doch nicht eine so große, daß sie auch dann gelten könne, wenn Vernunft oder Gesetz sie ausdrücklich verböten; eine Entscheidung, die auch vollkommen mit dem rechtlichen Fundament des G. R. in Uebereinstimmung ist. — Als Resultat stellt sich demgemäß der Satz heraus: eine Gewohnheit kann allerdings auch ein Gesetz aufheben, sei es auf dem Wege der **desuetudo** oder der **consuetudo legi contraria**, was aber dann eine Ausnahme leidet, wenn in dem Gesetze eine Klausel enthalten ist, daß dagegen auch keine künftige Gewohnheit sich bilden dürfe. — Diesem Resultat widerstreiten auch nicht die Bestimmungen des kanon. Rechts. Als Hauptstelle wird gewöhnlich angeführt **cap. ult. X. de consuet. (1, 4): Cum tanto graviora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit naturali juri, cujus transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta.** Ueber die verschiedenen, namentlich durch die letzten Worte hervorgerufenen Erklärungen s. Glück **I.** S. 466 fgg. Klötzer a. a. O. S. 115 fgg. Gester-

ding a. a. O. S. 280 fgg. Jäger a. a. O. S. 435. 36. Puchta II. S. 97 fgg., S. 279 fgg., Savigny I. S. 427 fgg.

---

d) Beweis des G. R. §. 17.

Puchta I. S. 104 fgg., II. S. 151 fgg., Savigny I. S. 181 fgg.

Anm. Während die früherhin ganz allgemein herrschende, und auch h. z. T. noch regelmäßig angenommene Meinung dahin geht, daß die Gewohnheit ganz wie andre Fakta, im Läugnungsfall von demjenigen bewiesen werden müsse, welcher sich darauf berufe, ist in neuerer Zeit namentlich von Lange Begründungslehre des Rechts §. 16. und Puchta a. a. O. die direkt entgegengesetzte Ansicht aufgestellt worden, ein Gewohnheitsrecht könne niemals Gegenstand einer eigentlichen Beweisauflage werden, eben so wenig, wie ein promulgirtes Gesetz, sondern wenn sich eine Parthei auf Gewohnheitsrecht berufe, so habe der Richter ex officio deren Existenz zu erfunden; vgl. l. 3. §. 6. de testib. (22, 5), wo es in Betreff der evocatio testium heißt: **diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicet, fuerit;** l. 1. C. h. t.: **ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae**, s. auch pr. J. de off. jud. (4, 17) Nov. 106. Die Wahrheit scheint in der Mitte zu liegen, vgl. auch Kierulff Theorie I. S. 14 fgg., Savigny I. S. 149. S. 181 fgg., Brinckmann a. a. O. S. 27 fgg., Beseler Volksr. S. 109 fgg., Syst. d. gem. deutsch. Privatr. I. §. 31. Der Richter soll sich allerdings ex officio bemühen, das G. R. seines Landes und seines Distrikts in Erfahrung zu bringen, und kennt er wirklich ein solches, so hat er dasselbe von Amtswegen in Anwendung zu bringen, wenn auch der Gegner die Existenz desselben in Abrede stellen sollte. Dadurch unterscheidet sich dann auch wesentlich die Gewohnheit von andern relevanten Fakta. Ist aber dem Richter eine Gewohnheit, worauf sich eine Parthei beruft, unbekannt, so ist es völlig in der Ordnung, dieselbe zum Gegenstand einer wahren Beweisauflage zu machen, vgl. auch Mühlenbruch Lehrb. §. 39. Fritz Erläutr. zu Wening I. S. 40 fgg. und in der von ihm besorgten Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 15 gegen C. Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. II. S. 39 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I.

S. 44 fgg. Kommt es aber hiernach zu einer Beweisauflage, so versteht es sich, daß in der Regel nicht unmittelbar die Existenz des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äußere Erscheinung desselben, die consuetudo, Gegenstand derselben sein kann, und dem Richter die Untersuchung überlassen bleiben muß, ob sich darin wirklich ein Gewohnheitsrecht ausspreche. In Betreff der Beweismittel gilt nichts Eigenthümliches, obwohl man namentlich in Rücksicht des Eides irriger Weise sehr oft das Gegentheil behauptet hat.

---

2) Gerichtsgebrauch und Juristenrecht. §. 18.

Anm. Vgl. Haus Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs Erl. 1798. Jordan im civ. Arch. VIII. Nr. 9. Müller, civ. Abh. Nr. 5. Puchta Gew. R. I. S. 161 fgg., II. S. 14 fgg., Kierulff I. S. 37 fgg., Savigny I. §. 14. 26, Wächter im civ. Arch. XXIII. 15, Dess. Würtemb. Privatr. II. §. 10, Beseler, Volksr. S. 297 fgg., Dess. Syst. des deutsch. Privatr. I. §. 34—36, Sintenis I. S. 25 fgg., Brinckmann Gew. Recht S. 35 fgg., Kritz, Rechtsfälle IV. S. 148 fgg. S. 292 fgg., Thöl, Volksrecht und Juristenr. Rost. 1846. S. 109 fgg.

III. Von Verschiedenheit der Rechtsquellen nach Umfang, Inhalt und Wirkung.

A. Vom jus generale et speciale, commune et singulare, universale et particulare. §. 19.

B. Von leges cogentes et permissivae, leg. dispositivae et prohibitivae. §. 20.

C. Von leges perfectae, minusquamperfectae et imperfectae. §. 21.

Theodos. et *Valentin.* l. 5. C. de legib. (1, 14): Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva prae-

rogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. — Savigny Syst. IV. S. 549 fgg.

IV. Von der Auslegung der Gesetze.

Anm. Es versteht sich von selbst, daß hier nicht die materiellen Grundsätze der juristischen Hermeneutik entwickelt werden sollen, indem diese vielmehr den Gegenstand eigener Vorlesungen bilden, die da, wo sie noch gehalten werden, nicht versäumt werden sollten; sondern es sind hier nur die Begriffe der verschiedenen Arten von Auslegung (welches Wort hier in einem weitern Sinne für: Ableitung von Rechtssätzen aus einem gegebenen Gesetze, gebraucht wird, ähnlich wie die Römer das Wort interpretatio gebrauchten), deren Verhältniß zu einander, und deren rechtliche Statthaftigkeit zu besprechen. Man vgl. übrigens: *Hotomanni* Jureconsultus s. liber de optimo genere juris interpretandi. Bas. 1559 und öfter, auch in opp. tom. II. p. 1087 sqq.

Forster interpres. s. de interpretatione juris libri II. Viteb. 1613, auch in *Otton.* thes. tom. II. p. 945 sqq.

Placcius de Jureconsulto perfecto, s. interpretatione legum. Holm. et Hamb. 1693.

Rapolla de Jureconsulto, sive de ratione discendi interpretandique juris civil. lib. II. Neap. 1726, in's Deutsche übersetzt mit Anmerk. von Griesinger. Stuttg. 1792.

Eckhardi hermeneutica juris. Lips. 1750. edit. 2da c. not. *C. Fr. Walchii.* Lips. 1779. ed. III. c. not. *C. Wilh. Walchii* ibid. 1802.

Conradi observat. jur. civ. vol. I. Praeponuntur artis interpretandi praecepta. Marb. 1782.

Wittich principia et subsidia hermeneuticae juris. Gött. 1799.

Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. Altona 1799. 2te Aufl. 1806.

Sammet Hermeneutik des Rechts. Herausgegeben von Born. Leipzig 1801.

Zachariä Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts. Meißen 1805.

Schöman Handbuch I. S. 65 fgg.

Hufeland Geist des röm. Rechts. Th. I. Abhandl. 2. S. 1–205.

Mailher de Chassat traite de l'interpretation des loix. Paris 1822.

Lange Versuch einer Begründungslehre des Rechts. §. 37 fgg.

Clossius Hermeneutik des röm. Rechts und Einleitung in das corp. jur. civ. im Grundrisse. Leipzig 1831.

Thibaut's jurist. Nachlaß Bd. II. Th. 2. („Hermeneutik und Kritik des röm. Rechts"). Berl. 1842.

Kierulff Theorie I. S. 18 fgg.

Savigny Syst. I. S. 206 fgg.

Kritz Rechtsf. III. S. 123 fgg.

Schaffrath Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze. Leipz. 1842.

Wächter Handb. des Würtemb. Privatr. II. S. 133 fgg.

Krug die Grundsätze der Gesetzauslegung ꝛc. Leipz. 1848.

A. Von der authentischen und der Usual-Interpretation. §. 22.

B. Von der doktrinellen Auslegung.

1) Kritik. §. 23.

Anm. Man versteht unter Kritik überhaupt die Herstellung der Authentizität des Gesetzes, und im Allgemeinen ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Richter auch zu praktischen Zwecken zur Anwendung derselben befugt ist, und zwar sowohl zur Anwendung der höhern Kritik, worunter man gewöhnlich Unter-

suchungen über die Aechtheit des Gesetzes im Ganzen versteht (einen andern Sinn hiervon nehmen z. B. Schweppe Hdb. I. §. 9. und Savigny S. 242. an), als auch der niedern, welche sich mit der Herstellung der ursprünglichen Worte des Gesetzes beschäftigt. Im Einzelnen aber ist noch hervorzuheben:

1) Wenn die authentische Gesetzes-Urkunde selbst noch vorliegt, so muß alle Kritik ausgeschlossen sein, und namentlich also ist dies der Fall bei neuern Gesetzen, welche noch in, unter öffentlicher Autorität veranstalteten, Abdrücken vorhanden sind.

2) Wenn aber die authentische Urkunde fehlt, so sind kritische Untersuchungen ganz unerläßlich, und namentlich ist dies in vorzüglichem Maaße in Betreff des röm. Rechts wahr. Hierbei muß man von dem Satze ausgehen, daß das röm. Recht nicht etwa in einem bestimmten einzelnen Manuskript bei uns rezipirt worden ist, und daß noch viel weniger eine der vielen nachher veranstalteten Ausgaben als authentischer Text zu Grunde gelegt werden darf, indem sich dieselben nur als Privatversuche, den handschriftlichen Text wiederzugeben, herausstellen. Es ist daher absolut verwerflich, wenn in der frühern Praxis nicht selten die Ausgaben von Gothofredus allein beachtet worden sind.

3) Geht man aber von dem eben angedeuteten Grundsatz aus, so ist soviel gewiß, daß unter den vorhandenen verschiedenen Lesarten der Handschriften nach freier Ueberzeugung gewählt werden darf (s. g. wählende Kritik), und auch daran kann nicht gezweifelt werden, daß Versuche, die vorhandenen Handschriften besser zu lesen, als die Editoren es thaten, vollkommen gestattet sein müssen.

4) Gewiß aber darf der Richter auch noch weiter gehen, und selbst eine von allen Handschriften bestätigte Lesart verwerfen, und sich eine neue bilden (s. g. Konjektural-Kritik), wenn nur die beiden Voraussetzungen, welche von ältern Juristen passend *necessitas* und *modestia* genannt werden, vorhanden sind. Zwar leugnet dies Thibaut, Versuche Th. I. Abh. 16. und log. Ausleg. 2te Aufl. S. 180 fgg., aber er geht dabei von dem durchaus verwerflichen Grundsatz aus, daß die zur Zeit der Rezeption vorhandenen Handschriften des röm. Rechts als authentische Gesetzes-Urkunde angenommen worden seien. Vielmehr ist das rezipirt worden, was sich nach wissenschaftlicher Prüfung als der wahre Justinianische Text herausstellt, und eben so, wie alle gedruckten Ausgaben nicht selten die Handschriften mißverstehen, konnte es auch leicht kommen, daß in allen uns erhaltenen Manuskripten Mißverständnisse und Irrthümer der Abschreiber vorkommen, vgl. Feuerbach ziv. Vers. Abh. 3, Hufeland a. a. O. S. 70 fgg.,

Savigny S. 243 fgg., und später auch, wenigstens theilweise, Thibaut Krit. und Herm. §. 63. Um aber hier helfen zu können, ist es Pflicht des Kritikers, sich mit den Eigenthümlichkeiten der Handschriften bekannt zu machen, denn in sehr vielen Fällen kann dadurch auf die einfachste Weise eine in den Handschriften verdorbene Stelle geheilt werden, wovon vielfache Beispiele im Laufe der Vorlesung vorkommen werden. Vorzüglich wird der besonnene Kritiker folgende Punkte in's Auge fassen (vgl. auch *Best* **ratio emendandi leges. Lips.** 1745, *Eckhard* **herm. jur.** §. 46 **sqq.**):

a) In den ältesten Handschriften kommt entweder gar keine, oder doch eine sehr ungeregelte Interpunktion vor. Wenn nun hierbei die spätern irren, so darf der Richter unbedenklich nachhelfen. So ist z. B. gewiß in **l. 44. de donat. inter vir et uxor** (24, 1) die Interpunktion so zu ändern, daß hinter die Worte: **factae donationis** ein Punkt zu setzen, und bei dem bald folgenden Worte **scientiae** jedes Unterscheidungs-Zeichen wegzulassen ist, vgl. v. Savigny in Zeitschr. für gesch. Rw. I. S. 270 fgg., und in **l. 25. pr. de liberat. leg.** (34, 3) muß hinter die Worte **damnus esto non petere** statt des Punkts ein Fragezeichen gesetzt werden.

b) In den Handschriften waren Noten und Siglen sehr häufig, die dann später oft falsch aufgelöst wurden. So ist dies z. B. öfter mit den Siglen **P. R.** gegangen, worunter man **Praetor** verstand, während **populus Romanus** gemeint war, vgl. z. B. **l. 7. §. 8. de injur.** (47, 10), *Ulp.* **l. 7. XX. 16. XXIV. 28.** Eben so ist die Sigle **IT**, welche eben sowohl **item** als **institutus** bedeutet, falsch verstanden worden in *Ulp.* **VI. 2. XX. 6**, wo offenbar nach Schilling's richtiger Bemerkung statt **institutus** gelesen werden muß **item**. So muß ferner in **l. 8. pr. qui et a quib.** (40, 9) statt **fideicommissi causa** gelesen werden: **fraudandorum creditorum causa** (**F. C. causa**), und bei *Ulp.* **VI. 6.** statt **revera**, **rei uxoriae** (**R. V.**) u. dgl. m.

c) Nicht selten können verdorbene Stellen einfach dadurch geheilt werden, daß man unrichtig getrennte oder verbundene Wörter auf gehörige Weise liest. So ist es gewiß die einfachste Emendation der **l. 48. de V. O.** (45, 1), wenn man statt des handschriftlichen **id eo** liest **ideo**; so muß ferner bei *Ulp.* **VI. 13.** statt **quadriennio** nach Hugo's treffender Bemerkung **quae triennio** gelesen werden, und die verdorbene Stelle in **Coll. leg. Rom. et Mos. XVI. 3: quibus bonorum possessionis propter praetoriam actionem non erit necessaria** bekommt einen sehr passenden Sinn, wenn man **quibus bonorum possessio nisi rel.** liest.

d) Eben so, und zwar noch vorzüglich sind auch die sehr häufig vorkommenden Geminationen und daraus leicht entstehende Irrthümer zu bemerken, wovon viele Beispiele bei *Eckhard* **herm. jur.** §. 61 **sqq.** angeführt sind, vgl. auch Cramer in Zeitschr. für gesch. Rw. I. Nr. 12.

e) Endlich kamen auch Transpositionen einzelner Worte, Buchstaben oder Sylben vor, und so muß z. B. in l. 20. de evict. (21, 2) statt *ut* **eo nomine** gelesen werden: *tu* **eo nom.**, und in l. 52. §. 2. de leg. III. statt **quantaecunque pars hodie — qu. rhapsodiae** u. s. w.

Ein noch ganz vorzüglich zu beachtendes Hilfsmittel für Konjektural-Kritik der Justinianischen Rechtsbücher ist auch die Vergleichung der auf uns gekommenen Quellen, aus denen dieselben entlehnt sind, wobei besonders der Theodosianische Koder hervorgehoben werden muß, und die Vergleichung der spätern griechischen Bearbeitungen, namentlich der Basiliken. (Eine nicht ungewöhnliche Korruption des authentischen Textes besteht namentlich auch darin, daß Negationen fälschlich zugefügt oder weggelassen sind; vgl. *Jo. Roberti* **receptae jur. civ. lectionis libri II. Helmst.** 1586. (**lib. I. in quo de additis negationib. agitur; lib. II. in quo de detractis negat. agitur**), *Jauchii* **meditatt. critt. de negationib. Pand. Flor., Amst.** 1728 und dazu *Sammet* **receptae lectiones ad Jauchium. Lips.** 1750.).

2) Interpretation im engern Sinn. §. 24.

Anm. Unter Interpretation im engern Sinn ist die Ausmittelung dessen zu verstehen, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, und man muß sich eben so sehr gegen die gewiß zu weite Bedeutung erklären, von welcher z. B. Thibaut in seiner Schrift über log. Ausl. und im Pand. Syst. §. 43 fgg. ausgeht, wornach auch Ausdehnung und resp. Einschränkung des Gesetzes nach dem Grunde desselben zur Interpretation gehören soll, als man auf der andern Seite die zu enge Bedeutung mißbilligen muß, welche Hufeland a. a. O. und Wening Lehrb. §. 10 fgg. annehmen, wornach nämlich auch die Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes nach der Absicht des Gesetzgebers davon ausgeschlossen sein soll. Der Interpret soll das entwickeln, was der Gesetzgeber in ein Gesetz hat legen wollen, und wenn er also mehr oder weniger hat sagen wollen, als die Worte ausdrücken, so gehört

die Untersuchung über den wirklich beabsichtigten Sinn offenbar in die Sphäre der Interpretation. Man pflegt aber nach Verschiedenheit des dabei beobachteten Verfahrens die Interpretation in eine grammatische und eine logische einzutheilen, deren erste den Sinn des Gesetzes nach den Worten, die zweite aber die Worte nach dem Sinne deutet.

1) Den Anfang muß die grammat. J. machen, d. h. man muß zunächst nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik den Sinn des Gesetzes zu erforschen suchen. Die Angabe der einzelnen hier einschlägigen Grundsätze gehört natürlich in eine juristische Hermeneutik, und hervorzuheben ist hier nur das s. g. ***argumentum a contrario***, mit dem man bei Auslegung des römischen Rechts so sehr großen Mißbrauch gemacht hat, und noch täglich macht. Dasselbe besteht darin, daß dann, wenn ein Gesetz eine Entscheidung an einen nach festen Merkmalen bestimmten Fall anknüpft, angenommen werden müsse, daß bei andern Fällen die entgegengesetzte Entscheidung Platz greife. An der innern Haltbarkeit dieses Arguments ist gar nicht zu zweifeln, und die römischen Juristen machten davon häufigen Gebrauch, vgl. z. B. **l. 22. de legib. (cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat), l. 18. de testib. (22, 5) (ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere)**, in welcher letztren Stelle sich eine Anwendung der bekannten, zum **argum. a contr.** gehörigen, Regel der Praktiker findet: **exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.** So gewiß nun auch hiernach bei einer formell vollkommneren Gesetzgebung, als die römische, unbedenklich von dieser Argumentation Gebrauch gemacht werden kann und muß, so ist dies doch gerade bei der Justinianischen Legislation nicht der Fall, weil dieselbe zum großen Theile nur kasuistisch ist, (man denke nur z. B. an die große Menge von Reskripten), und weil die Kompilatoren nicht selten etwas ungeschickt Stellen aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang losrissen. Hieraus geht hervor, daß bei Interpretation des römischen Rechts immer erst eine besonnene Berücksichtigung aller Verhältnisse entscheiden muß, ob das **argum. a contr.** oder vielmehr die Regel: **unius positio non est alterius exclusio** anwendbar sei, kurz, daß bei dieser Legislation das ganze **argum. a contrar.** praktisch nicht sowohl zur grammat., als vielmehr zur log. J. zu rechnen ist, vgl. auch *Noodt* **Jul. Paul. c. 7,** *ejusd.* **Dioclet. et Maxim. cap. 2.** *Eckhard* **herm. jur.** §. 201. 202, Mühlenbruch im civ. Arch. II. S. 427 fgg.

2) Mit der grammatischen I. soll sich aber die logische verbinden, deren Begriff im Allgemeinen nur so bestimmt werden kann, daß der gesetzgeberische Wille nicht sowohl aus den Worten des Gesetzes, als vielmehr aus andern zu Gebote stehenden Mitteln erforscht werden soll. Hierbei muß

a) der Ausleger zunächst und vorzüglich die wirkliche spezielle Absicht des Gesetzgebers bei dem einzelnen zu interpretirenden Gesetze zu ermitteln streben. Es stehen demselben aber, um die wahre Willensmeinung des Gesetzgebers aufzufinden, sehr mannichfache Mittel zu Gebote. Hervorzuheben sind hier folgende: anderweitige Aeußerungen des Gesetzgebers selbst über den fraglichen Gegenstand, Berücksichtigung des individuellen Charakters des Gesetzgebers, seiner Zeit und seines Volks; die äußere Veranlassung des Gesetzes; der geschichtliche Gang, den das Recht bei einem Volke überhaupt, und insbesondere das einzelne Institut nahm, mit welchem sich das zu interpretirende Gesetz beschäftigt, namentlich also auch frühere Verordnungen über denselben Gegenstand; Berücksichtigung des Rechtsgrundes, bei welchem letztern Punkt aber noch besonders bemerkt werden muß, daß nicht der Rechtsgrund an sich, sondern nur insofern zur Sphäre der log. Interpr. gehört, als daraus Schlüsse auf die Absicht des Gesetzgebers gemacht werden können, Guyet, ziv. Abh. Nr. 7. (Faßt man die logische Interpretation so, wie hier geschehen, auf, und hütet man sich namentlich, die grammatische und logische Interpretation als Gegensätze aufzufassen, sondern hält man fest, daß beide Arten der Auslegung sich stets mit einander verbinden, und beide nur dasselbe Ziel haben, den wahren gesetzgeberischen Gedanken zu ermitteln: so erscheint die Polemik Savigny's S. 319 fgg. gegen diese Eintheilung als völlig grundlos, und wenn Savigny Statt dessen vier Elemente der Interpretation unterscheidet, das grammatische, logische, historische und systematische, Sav. S. 213 fgg., so leuchtet ein, daß diese drei letztren s. g. Elemente eben nichts anderes, als ein neuer Ausdruck für die gewöhnlich s. g. logische Interpretation sind, vgl. auch Krug a. a. O. S. 60 fgg. S. 103 fgg.). — Daß nun der Ausleger jene und ähnliche für die log. Interpr. wichtige Momente vor allen Dingen aus dem zu interpretirenden Gesetz selbst oder doch aus andern Stellen der Legislation zu entnehmen hat, versteht sich von selbst. Ob er aber zu praktischen Zwecken hierbei stehen bleiben müsse, oder ob er auch aus andern Quellen, als aus der Legislation selbst, Materialien für die logische Interpretation zu sammeln befugt sei, ist streitig. Thibaut, log. Ausl. §. 9. Krit. und Herm. §. 21, behauptet das Erstere, weil der Unterthan nur dasjenige als

positives Gesetz zu befolgen habe, was ihm publizirt sei. Gewiß mit Recht erklären sich aber die Meisten für die entgegengesetzte Ansicht, denn der Wille des Gesetzgebers muß es offenbar sein, daß das Gesetz in seinem wahren Sinn von dem Unterthan aufgefaßt werde, und er muß also demselben auch Alles, was zur Auffindung desselben hinführen kann, gestatten. Betrachtet man insbesondere das römische Recht, so kann es hiernach keinen Zweifel leiden, daß auch die juristischen Quellen des Vor- und Nachjustinianischen Rechts, und andere römische Schriftsteller, obgleich sie nicht als Gesetz publizirt sind, als Hilfsmittel zur Interpretation des Korp. jur. gebraucht werden dürfen, und man kann dies um so weniger bezweifeln, da ein nicht geringer Theil desselben ohne Anwendung jener Hilfsmittel ganz unverständlich sein würde.

b) Bleiben die vorher angedeuteten Mittel ohne entscheidenden Erfolg, ist also der wirkliche gesetzgeberische Wille zweifelhaft, so muß sich der Ausleger durch Anwendung allgemeinerer Interpretations-Regeln helfen, deren im römischen Rechte vorzüglich folgende vorkommen:

aa) Im Zweifel soll diejenige Bedeutung vorgezogen werden, wodurch die gesetzliche Disposition von Fehlern befreit ist, **l. 19. de legib.**, also namentlich die, wodurch Antinomieen und Absurditäten vermieden werden, **c. Tanta. §. 15. Nov. 158. c. 1.**

bb) Korrektorische Gesetze, **jura singularia** und **privilegia** sind strikt zu interpretiren, d. h. in dem Sinne zu verstehen, welcher am wenigsten von dem bestehenden Rechte abweicht. Es folgt dies schon aus der allgemeinen Regel, daß das, was an sich schon eine feste Existenz hat, nur insofern durch ein andres Entgegenstehendes aufgehoben werden kann, als das Letztere selbst in seiner Existenz gewiß ist. Ueberdies kommen auch noch einige besondere Anwendungen jenes Grundsatzes vor, vgl. z. B. **l. 191. de R. J. l. 35. pr. C. de inoff. test.** Wenn dessen ungeachtet Viele wegen **l. 3. de constit. princ. (1, 4) coll. l. 4. C. de praepos. agent. (12, 21), l. 2. C. de bon. vacant. (10, 10)** die entgegengesetzte Meinung annehmen, daß ein Privilegium immer in der möglichst weiten Wortbedeutung zu nehmen sei, so beruht dies auf einer falschen Auslegung der **l. 3. cit.**, die ihrem wahren Sinne nach nur sagen will, ein ohne Doppelsinn ganz allgemeines Privilegium muß ohne alle willkührliche Beschränkungen in seiner vollen Allgemeinheit angewendet werden, und von diesem sehr wahren Satze kommen dann auch Anwendungen in den beiden zitt. Kodexstellen vor, vgl. Thibaut log. Ausleg. S. 51 fgg.

cc) Endlich haben wir auch die Regel, daß im Zweifel die mildeste und billigste Wortbedeutung anzunehmen sei, **l. 18. de**

legib., l. 56. 90. 155. §. 2. de R. J., l. 42. de poen. (48, 19), **l. 3. de his quae in testam. delent.** (28, 4).

3) Was noch das Verhältniß der grammatischen und logischen Interpretation zu einander anbelangt, so herrschen hierüber sehr verschiedene Ansichten. Während z. B. Hufeland und Wening citt. von dem Grundsatze ausgehen, die logische Interpr. dürfe nie über den Wortverstand des Gesetzes hinausgehen, und demnach dieselbe in eine **extensiva** und **restrictiva** nur in dem Sinne eintheilen, daß durch dieselbe bald die engre, bald die weitre Wortbedeutung vorgezogen werde, stellt Thibaut log. Ausl. §. 7, dem viele Andere, z. B. Fritz Erl. zu Wening S. 28 fgg. beistimmen, neben dieser von Hufeland allein angenommenen Art der Interpretation, die er mit dem Namen der **declarativa** bezeichnet, noch drei andere Arten auf, nämlich die **extensiva, restrictiva** und **abrogans**. Die erste sei diejenige, welche zu dem Gesetze noch etwas hinzusetze, was nicht in dem Wortsinn enthalten sei, die zweite sei diejenige, welche die gesetzliche Disposition für Fälle, die dem Wortsinn nach darunter enthalten sein würden, als unanwendbar darstelle, die dritte endlich die, welche zu einem von der grammatischen Interpretation ganz verschiedenen Resultat komme, welche also einen Sinn des Gesetzes aufstelle, der nicht blos weiter oder enger sei, als der grammatische, sondern ein ganz anderer. — Richtigen Ansichten über Interpretation zufolge muß man gewiß von folgenden leitenden Sätzen ausgehen: die logische Interpretation darf nie ein von dem möglichen Wortsinn ganz verschiedenes Resultat aufstellen, wenn sie juristisch beachtet werden will. Wird aber diese Grenze gewahrt, so muß allerdings das Resultat der log. Interpr. dem der grammatischen vorgehen.

Ein Gesetz ist nämlich der in einer bestimmten äußern Form sichtbar gewordene gesetzgeberische Wille, und es kann also nicht das bewiesene Dasein des letztern allein genügen, sondern derselbe muß sich entsprechend geäußert haben. Wenn also ein Gesetz nach den Resultaten einer grammatischen Interpretation schlechthin sinnlos wäre, und die Kritik könnte nicht helfen, so würde der logische Interpret zwar wohl den Willen des Gesetzgebers auffinden können, aber damit wäre doch nicht auch die entsprechende äußere Form gegeben, und es muß also ein solches Gesetz für gar nicht vorhanden erachtet werden. Gibt aber umgekehrt nach grammat. Interpr. das Gesetz einen ganz bestimmten Sinn, so darf sich nie der logische Interpret herausnehmen, einen demselben widersprechenden aufzustellen, denn, wie Paulus in l. 25 §. 1. de

leg. III. sagt, **quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio,** und es muß also, wie Cicero **de invent. II. 44.** bemerkt, die Regel gelten, **cum scriptum aperte sit, judicem legi parere, non interpretari legem oportere.** Hierauf beziehen sich denn auch die oft, aber mit Unrecht, getadelten Aussprüche von Julian und Neratius in l. 20. und l. 21. de legib.: **non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.** Hiernach muß nothwendig die von Thibaut und vielen Andren angenommene abrogirende log. Interpr. verworfen werden, vgl. auch Krug a. a. O. S. 62 fgg., und es bleiben uns nur übrig:

a) die declarative, welche entweder mit den Resultaten der grammatischen Interpretation völlig übereinstimmt, oder insofern davon abweicht, daß man einen Sinn annimmt, welcher zwar rein nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik nicht angenommen werden dürfte, der sich aber aus andern Gründen als der richtigere herausstellt, vorausgesetzt natürlich, daß er nach der grammatischen Erklärung wenigstens möglich ist, sollte sich auch der Gesetzgeber sehr ungenau und uneigentlich ausgedrückt haben. Hierauf beziehen sich denn auch manche Aussprüche unsrer Quellen, die man wohl schon zur Unterstützung einer abrogirenden logischen Interpretation angeführt hat, z. B. die Vorschrift der l. 19. ad exhib. (10, 4), **non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire,** und der **l. 96. de R. J.: in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.**

b) Die restriktive, welche zu dem Resultate kommt, daß der Gesetzgeber sich ungenauer Weise weiter ausgedrückt hat, als er beabsichtigte, und daß also Fälle, welche dem Wortlaute des Gesetzes nach unter dasselbe subsumirt werden müßten, zufolge der Absicht des Gesetzgebers davon auszuscheiden seien. Namentlich tritt also diese Auslegung dann ein, wenn es gewiß ist, daß der Gesetzgeber an gewisse Fälle gar nicht gedacht hat, und daß er, wenn er daran gedacht hätte, sie von dem Gesetze ausgenommen haben würde. Daß nun eine solche Auslegung bei bewiesener Absicht des Gesetzgebers statthaft sei, kann nicht bezweifelt werden, oder darf etwa der Richter, wenn z. B. ein Gesetz allgemein die mehrfache Ehe bei Strafe verbietet, es aber gewiß ist, daß dabei nur an die gleichzeitige Polygamie gedacht ist, die Strafe auch auf die successive anwenden? Gesetzliche Beispiele dieser **interpret.**

restrictiva kommen z. B. vor in **l. 11. de in jus voc. (2, 4), l. 8. §. 6. de transact. (2, 15), l. 11. §. 2. de his, qui not. inf. (3, 2), l. 40. pr. de H. P. (5, 3), l. 54. pr. i. f. mandati (17, 1), l. 6. §. 2. coll., l. 15. de jure patronat. (37, 14), l. 2. §. 1. de custod. et exhib. reor. (48, 3).**

c) Die extensive, wornach der Interpret Fälle, welche dem Wortsinn des Gesetzes nach nicht unter demselben stehen, doch unter dasselbe darum subsumirt, weil der Gesetzgeber eine solche Subsumtion beabsichtigte, obwohl er sich ungenauer Weise zu eng ausgedrückt hat. Auch die Statthaftigkeit dieses Verfahrens leidet keinen gerechten Zweifel, da hier der gesetzgeberische Wille wirklich, wenn auch nicht in ganz genauer Gestalt äußerlich geworden ist. Eine Anwendung hiervon kommt z. B. in dem bekannten Prinzip vor, daß, was in **fraudem legis** geschieht, wie **contra legem** geschehen angenommen werden soll, denn in **fraudem legis** handelt der „**qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit**“ **l. 29. de legib.**, oder wie Ulpian in **l. 30. eod.** sagt: **fraus legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat** *ῥητον ἀπο διανοιας* **(dictum a sententia), hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.** Andere Anwendungen kommen z. B. vor in **l. 27. §. 13. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3. ad leg. Pompej. de parric. (48, 9)** u. a. m.

4) Besonders bemerkt zu werden verdient es aber noch, daß alle diese Arten der Interpretation bei allen Arten von Gesetzen, und namentlich auch bei korrektorischen Gesetzen, bei **jura singularia** und **privilegia**, angewendet werden müssen, denn überall ist ja nur ihr Zweck, den wahren gesetzgeberischen Willen aufzufinden.

---

3) Ausmittelung des Umfangs des Gesetzes. §. 25.

Anm. Wesentlich verschieden von der in dem vorigen §. dargestellten **interpr. logica extens.** und **restrict.**, bei welchen die Absicht des Gesetzgebers entscheidet, ist die sehr häufig damit verwechselte Ausdehnung und **resp.** Einschränkung nach dem Grunde des Gesetzes. Was zunächst

1) die Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde anbelangt, nach der gewöhnlich so ausgedrückten Regel: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (Analogie im tech-

nischen Sinne des Worts), so ist an der Statthaftigkeit derselben nach unsrem gemeinen Rechte nicht zu zweifeln, denn sie ist da nicht nur ausdrücklich vorgeschrieben: **Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet (l. 12. de legib.). Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occassio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri, (l. 13. cod.)**, vgl. auch **l. 32. pr. cod.**, sondern es kommt auch eine große Menge von Beispielen vor, wo die römischen Juristen wirklich von dieser Verfahrungsart Gebrauch gemacht haben, wobei man sich nur z. B. an eine Menge von **actiones utiles** zu erinnern braucht. Es ist dies auch sehr natürlich, da eine Gesetzgebung unmöglich alle denkbaren Fälle umfassen kann, welche Lücken dann auf die einfachste Weise durch die Vorschrift ausgefüllt werden, der Richter solle die ausgelassenen Fälle so entscheiden, wie sie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte. Dazu wird aber nothwendig vorausgesetzt, daß eine wirkliche Gleichheit des Grundes vorhanden sei, und wegen bloser Aehnlichkeit darf also eine Ausdehnung nicht Statt finden. Wenn doch Manche, z. B. *Hofacker*, **princ. jur. Rom. I. §. 156**, und besonders Jordan im ziv. Arch. VIII. S. 233 fgg. (welcher dies sogar als charakteristisches Unterscheidungsmerkmal der Analogie von der **interpr. extens.** ansieht), andrer Meinung sind, so beruht dies auf einem Mißverständniß der **l. 12. cit.**, denn, wenn es da heißt, daß der Richter **ad similia procedere** dürfe, so will dies nicht sagen, der Richter dürfe wegen bloser Aehnlichkeit des Grundes ein Gesetz ausdehnen, sondern vielmehr, er dürfe ein Gesetz auch auf andere ähnliche Fälle wegen Identität des Grundes anwenden, vgl. auch **l. 13. cit. verb. ad** ***eandem*** **utilitatem**, s. Thibaut log. Ausl. §. 16. und bes. Müller ziv. Abh. I. S. 202 fgg.

Eine besondere Beachtung verdient aber auch noch der Satz, daß bei Privilegien und bei **jura singularia** alle Analogie ausgeschlossen ist, denn, **quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, l. 14. de legib.**, vgl. **l. 141. pr., l. 162. de R. J., l. 23. §. 3. de fideic. libert. (40, 5), §. 5. J. de j. n. c. et g. (1, 2)**, und eben dieß muß bei korrektorischen Gesetzen angenommen werden, weil es ein sich von selbst verstehender Satz ist, daß das, was nicht verändert ist

unverrückt in seiner Giltigkeit bleiben muß, vgl. auch **arg. l. 27. C. de testam. (6, 23), l. 32. §. 6. C. de appell. (7, 62), Nov. 20. c. 9.** Daß sich die Analogie in allen diesen Beziehungen sehr bestimmt von der ausdehnenden Erklärung unterscheidet, bedarf keiner besondern Bemerkung, da schon oben erwähnt wurde, daß diese letztere bei allen Gesetzen ohne Ausnahme eintritt. Bei Strafgesetzen findet aber nicht blos ausdehnende Erklärung, sondern auch Analogie unbedenklich Statt, denn nicht nur müssen die angeführten allgemeinen Aussprüche unserer Gesetze nothwendig auch hierauf bezogen werden, sondern es lassen sich auch noch besondere Quellenzeugnisse dafür anführen. So wird namentlich in **l. 7. §. 3. ad leg. Jul. majest.** (48, 5) ausdrücklich zwischen Verbrechen unterschieden, **quae ad exemplum legis vindicanda sunt** und denen, **quae ex scriptura legis descendunt**; vgl. auch **l. 2. §. 29. ad SC. Tertull., l. 8. de sepulchro viol.** (47, 12) u. s. w. Dies ist denn auch noch insbesondere durch die P. G. O. Art. 105. bestätigt, indem es dort ausdrücklich heißt, daß in den ausgelassenen Fällen die Richter Raths pflegen sollten, wie sie den kaiserlichen Rechten und der P. G. O. am gemäßesten urtheilen möchten. Doch ist darüber unter den Kriminalisten viel Streit, vgl. aber Thibaut log. Ausl. §. 21. und Jordan über die Auslegung der Strafgesetze. Landsh. 1818. S. 110 fgg.

2) Neben der Regel: **ubi eadem legis ratio rel.** wird von unsren Juristen sehr häufig die andere aufgestellt: ***cessante ratione legis cessat lex ipsa***, und zwar verbindet man damit einen zweifachen Sinn:

a) Wenn der Grund eines Gesetzes ganz hinwegfalle, so werde damit auch das Gesetz selbst unanwendbar. Man muß sich aber unbedingt gegen einen solchen Satz erklären, denn er wird durch kein Gesetz unterstützt, und widerstreitet durchaus der Natur der Sache. Da nämlich ein Gesetz verbindende Kraft nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanktion von Seiten der gesetzgebenden Gewalt erhält, so kann auch das Hinwegfallen des Grundes die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht aufheben, vgl. **l. 35. de R. J.**, sondern es kann dies nur eine Veranlassung sein, daß durch Gesetz oder Gewohnheit das veraltete Gesetz hinweggeräumt werde, vgl. Thibaut log. Ausl. §. 22, Müller ziv. Abh. S. 178 fgg. Man muß sich aber hierbei nach Thibaut's richtiger Bemerkung vor einer Verwechslung des falschen Satzes **cessante ratione rel.** mit einem andren hüten, der durchaus zu billigen ist. Wenn nämlich ein Gesetz durchaus nur eine Folgerung aus einem andern bestehenden Rechtssatze ist, so muß mit dem

Wegfallen dieses Rechtssatzes auch jenes Gesetz hinwegfallen, weil mit der Aufhebung eines Prinzips auch die blosen Konsequenzen desselben als aufgehoben betrachtet werden müssen.

b) Wenn in einem einzelnen Falle, welcher den Worten nach unter das Gesetz passe, der Grund des Gesetzes nicht vorhanden sei, so dürfe auch das Gesetz nicht auf denselben bezogen werden. Man muß sich aber auch hiergegen erklären, denn durchgreifende Bestimmungen sind absolut nothwendig, wenn die Gesetzgebung nicht alle Kraft verlieren soll, und es würde also der Absicht des Gesetzgebers durchaus zuwider sein, wenn ein Gesetz nicht angewendet würde, weil etwa einmal bei einem Individuum ausnahmsweise der Grund des Gesetzes nicht eintritt. **Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur (l. 4. de legib.), nam ad ea potius aptari debet jus, quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt (l. 5. eod.)**, vgl. auch **l. 8. eod.: Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur.** Die gesetzlichen Beispiele, welche die Vertheidiger jener Regel für sich anführen, sind auch offenbar unbeweisend, denn sie beziehen sich nur auf die allerdings statthafte einschränkende Erklärung nach der Absicht des Gesetzgebers, vgl. die Anm. zum vorigen §en. Vgl. auch Weber, von der natürl. Verb. §. 64. Thibaut log. Ausl. §. 23. Seuffert Erörtr. I. S. 19 fgg. Guyet Abh. S. 172. 73. Müller civ. Abh. S. 200.

V. Von der Anwendung der Gesetze.

A) In Ansehung der Zeit. §. 26.

Anm. Außer manchen ältern Schriften, vgl. darüber z. B. Thibaut Syst. §. 26. Not. d., sind folgende zu bemerken:

Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannov. 1811.

v. Herresdorf über die zurückwirkende Kraft der Gesetze. Düsseld. 1812.

Desselben Abhandlung über die Eigenheit der Gesetze in Ansehung der Zeiten. Frankf. 1815.

Wiesen systemat. Entwicklung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach röm. Recht. Frankf. 1814.

Borst über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse Bamb. 1814.

Bergmann d. Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannov. 1818.

v. Georgii im Archiv für civ. Prax. III. S. 145 fgg.

Seuffert Erörtr. I. S. 3 fgg.

v. Struve über das positive Rechtsgesetz, rücksichtlich seiner Anwendung in der Zeit. Gött. 1831.

Kierulff Theorie I. S. 63 fgg.

Wächter Würtemb. Privatr. II. S. 167 fgg.

Holzschuher Theorie I. S. 29 fgg.

Savigny Syst. VIII. S. 368 fgg.

Mit Entscheidung einzelner hier einschlägigen Rechtsfragen beschäftigen sich Zeller, Rückwirkung der alten Statute auf Güterverhältnisse und Erbschaften. Heilbronn 1813.

Pfeiffer, nach welchen Gesetzen werden die Vermögensrechte der Ehegatten — — nach eingetretener Veränderung ihres Wohnorts oder der Gesetzgebung beurtheilt? in den prakt. Ausf. Bd. II. S. 263 fgg.

Funke über die Kollision der Gesetze bei Zivilansprüchen aus der außerehelichen Beiwohnung, in dessen Beiträgen zur Erörtr. prakt. Rechtmaterien. S. 223 fgg.

Linde Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit neuer Gesetze über die Großjährigkeit, in Gießer Zeitschr. V. S. 153 fgg.

Hierher gehört auch v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück I. S. 7 fgg., welcher ohne von allgemeinen Grundsätzen auszugehen, die er für ganz unzureichend hält, nur eine Menge einzelner Fälle entscheidet.

Ueber die, übrigens in den Pandekten-Vorlesungen nicht näher zu betrachtenden, Eigenthümlichkeiten bei Prozeßgesetzen vgl. man vorläufig Mittermaier über das Rückwirken neuer Prozeßgesetze, im Archiv für civ. Pr. X. Abh. 4, und bei Strafgesetzen Abegg über das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen im Kriminalrechte, im neuen Arch. des Kriminalr. XIII. Abh. 18. und Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Gött. 1834.

Anm. 2. Es ist eine namentlich für unsere jetzige, an neuen Gesetzgebungen so reiche Zeit sehr wichtige, aber auch leider sehr bestrittene Frage, auf welche Fälle ein neues Gesetz anwendbar sei? Die einzige allgemeine Vorschrift in unsren Gesetzen findet sich in l. 7. C. de legib. (1, 14): **Leges et constitutiones principum futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit**; vgl. auch l. 65. i. f. C. de decurionib. (10, 31): **cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare**; c. 2.

X. de constit. (1, 2): quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere. Außerdem kommen nur noch viele einzelne Bestimmungen, namentlich am Ende kaiserlicher Konstitutionen vor, wie es mit ihnen in der Anwendung gehalten werden solle. Unterscheidet man hierbei sorgsam singuläre Vorschriften von Anwendung allgemeinerer Prinzipien, so möchten sich folgende Grundsätze als die entscheidenden aufstellen lassen:

1) Wenn ein Gesetz ausdrücklich die Rückziehung vorschreibt, so muß dasselbe natürlich auch auf solche Fälle, die an sich noch unter dem frühern Gesetze ständen, bezogen werden, aber auch nur auf solche, also natürlich nicht auf schon völlig durch Urtheil, Vergleich abgethane, denn diese stehen nicht mehr unter dem frühern Gesetze, also auch nicht unter dem neuen, vgl. *C. Tanta* (l. 2. C. de vet. jur. enucl), §. 23: Leges autem nostras — sancimus — suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compescuit; quae enim jam judiciali sententia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo; l. 22. §. 1. C. de SS. eccles. (1, 2): quam oportet non solum in casibus, quos futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pendentibus et judiciali termino vel amicabali compositione necdum sopitis obtinere; l. un. in f. C. de contr. jud. (1, 53): quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus vel judicationibus sopita sint; l. 17. C. de fide instrum. (4, 21): quae tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quae jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi jam super his transactum sit vel judicatum, quae retractari non possunt; l. ult. §. ult. de legib. hered. (6, 57). Nov. 19. pr. und c. 1, und eben so wenig können solche Gesetze auf Sachen, die schon in der Appellations-Instanz anhängig sind, angewendet werden, weil es sich hier blos fragt, ob der judex a quo richtig entschieden habe, was natürlich nach dem damals bestehenden Rechte zu beurtheilen ist, Nov. 115. pr. und cap. 1: ideoque sancimus, si quando de aliqua causa processerit definitiva sententia et provocatio fuerit subsecuta, appellationis examinatores secundum leges, quae tempore definitivae sententiae obtinebant, terminum dare negotio; — — — tamesti contigerit postea legem promulgari novi

aliquid disponentem, et tenorem suum ad praeterita quoque negotia referentem. Solche Gesetze, welche ausdrücklich die Rückziehung vorschreiben, kommen aber im Korp. jur. nicht selten vor, vgl. z. B. außer den schon vorher angeführten Gesetzen noch **l. 21. C. ad SC. Vellej. (4, 29), l. 3. C. de quadriennii praescr. (7, 37), l. 3. C. de pact. pignor. (8, 35)** u. s. w. und dahin gehört auch die berühmt gewordene **l. 27. C. de usur. (4, 32)**, worin Justinian vorschreibt, daß das in **l. 26. eod.** festgesetzte höchste Zinsenmaaß auch auf die schon vor dieser **l. 26** stipulirten Zinsen bezogen werden solle. Da sich der Kaiser hierbei das Ansehen gibt, als verstehe sich dies eigentlich von selbst (**verb.: pravam quorundam interpretationem penitus removentes**), so hat man diese Stelle wohl schon als Beleg zu dem Grundsatz benutzen wollen, daß Prohibitivgesetze stets rückwirkende Kraft hätten. Aber offenbar enthält dieses Gesetz nur einen Machtspruch von Justinian, denn die **l. 26. cit.** verbietet ausdrücklich nur das Stipuliren höherer Zinsen, und konnte also ohne einen solchen Machtspruch unmöglich auf schon bedungene Zinsen angewendet werden. Daß aber aus einem solchen exorbitanten Gesetze kein Prinzip abgeleitet werden dürfe, versteht sich von selbst.

2) Weiter muß man noch gehen, wenn das neue Gesetz in der Gestalt einer authentischen Interpretation erscheint. Hier erklärt nämlich der Gesetzgeber — und diese Erklärung hat Gesetzeskraft —, daß das frühere Gesetz richtig verstanden nur den von ihm jetzt angegebenen Sinn habe, und daß also in allen Fällen, in denen man ihm einen andern Sinn unterlegt, ein Rechtsirrthum obgewaltet habe. Nach diesem Princip versteht es sich von selbst, daß auch Fälle, die schon in der Appellations-Instanz schweben, dem neuen Gesetze zu subsumiren sind, und auch auf schon abgethane Sachen kann möglicher Weise die authentische Interpretation Wirkungen äußern, sofern nach allgemeinen Grundsätzen ein wahrer Rechtsirrthum sich hierbei wirksam erweisen würde. Vgl. auch **Novella 19. praef. i. f.: cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adjecta sunt per interpretationem, in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus. Nov. 143. i. f.: quam interpretationem non in futuris tantummodo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset.** Fritz in v. Löhr's Magaz. Bd. IV. S. 265 fgg.

3) Ist aber das neue Gesetz weder eine deklarative Verordnung, noch auch demselben die Klausel der rückwirkenden Kraft zugefügt, so ist es;

a) wenn in demselben nur Normen über die **Begründung** von Rechtsverhältnissen aufgestellt werden, schon nach Grundsätzen der grammatischen Interpretation gewiß, daß schon begründete Rechtsverhältnisse nicht unter ein solches Gesetz subsumirt werden können. Dies findet z. B. Anwendung bei solchen Gesetzen, welche nur Formen für Rechtsakte, z. B. für Testamente festsetzen, denn wenn auch der Testator noch nach der Publikation des neuen Gesetzes lebt, so hat er doch nicht nöthig, sein schon vorher giltig errichtetes Testament nach den neuen Formen umzuändern, vgl. l. 29. i. f. C. de testam. (6, 23), Nov. 66. c. 1. §. 4. 5. („maneant etiam sic institutiones, quae ab initio secundum tunc certas extantes factae sunt leges, propriam virtutem habentes, et non accusandae eo, quod tempore, quo supervixerunt illi, eas non mutaverunt. — — Erit namque absurdum, ut, quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur“). Nov. 73. c. 9. u. a. m. Dasselbe muß aber offenbar auch dann gelten, wenn anderweite faktische Voraussetzungen außer der Form für den Eintritt eines bestimmten Rechtsverhältnisses von dem neuen Gesetze verlangt werden, und so kann z. B. ein Gesetz, welches die Volljährigkeits-Termine hinausrückt, niemals auf solche Personen angewendet werden, welche nach dem frühern Gesetze schon volljährig geworden sind, während im umgekehrten Falle allerdings das neue Gesetz alsbald anzuwenden ist. — Besondre Schwierigkeit machen aber hier Gesetze, welche neue Fristen für die Verjährung anordnen, und es ist darüber vielfach gestritten worden, vgl. **Reinhardt** a. a. O. S. 26 fgg. und die da Angeff. **Wächter** a. a. O. S. 177 fgg., **Herrmann** in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 69 fgg., **Stephan** im ziv. Arch. XXXII. S. 151 fgg., **Savigny** VIII. S. 426 fgg. Daß die nach dem frühern Gesetze schon vollendete Verjährung dem neuen Gesetze nicht mehr unterworfen ist, versteht sich freilich von selbst, aber bei einer noch laufenden Verjährung stehen der unbedingten Anwendung des frühern, wie des spätern Gesetzes bedeutende Gründe entgegen, denn im ersten Falle könnte leicht die Absurdität entstehen, daß ein schon längere Zeit Besitzender zum Zweck der Verjährung noch länger besitzen müßte, als wenn er erst nach der Publikation des neuen Gesetzes den Besitz erlangt hätte, und im zweiten Falle kann es leicht zu der großen Unbilligkeit kommen, daß Jemanden, der noch längere Zeit zur Verfolgung seines Rechts vor sich hatte, alsbald alle Rechtsverfolgung abgeschnitten würde. Das angemessenste ist wohl, beide Gesetze gleichmäßig anzuwenden, das alte für die Zeit vor der Publikation des neuen, und dieses letztre für die Folgezeit, so daß

also z. B. der, welcher bereits 5 Jahre besessen hat, und nach altem Rechte noch 5 Jahre zu besitzen hätte, blos noch 2½ Jahre besitzen muß, wenn das neue Gesetz statt der frühern 10jährigen eine 5jährige Verjährung einführte; eine Meinung, wofür auch noch ein Argument aus Nov. 119. c. 8. entlehnt werden kann, vgl. auch Bergmann a. a. O. S. 35 fgg., Schweppe Hdb. I. §. 8. a., Wächter a. a. O., Stephan a. a. O., Beseler Syst. des deutsch. Privatr. I. S. 76. Not. 10.

b) Wenn aber auch das neue Gesetz nicht ausdrücklich blos Normen über die Entstehung, sondern über das fragliche Rechtsverhältniß überhaupt aufstellt, so muß man doch im Zweifel annehmen, daß dasselbe durchaus nicht auf Rechtsverhältnisse sich beziehe, die schon unter der Herrschaft des alten Gesetzes zur völligen Entstehung gekommen sind, sollten dieselben auch ihre Wirkungen noch nicht hervorgebracht haben; denn man muß nothwendig von der Voraussetzung ausgehen, daß dem Gesetzgeber bestehende wohlerworbene Rechte heilig seien. Dies ist auch offenbar der Sinn der oben angef. l. 7. C. de legib., denn daß damit nicht blos der Satz ausgesprochen sein soll, Rechtsverhältnisse, die ihrer Entstehung wie ihrer Wirkung nach zur Zeit des neuen Gesetzes schon beendet seien, seien diesem neuen Gesetze nicht unterworfen, versteht sich schon wegen der Trivialität dieses Satzes von selbst, und geht noch insbesondere daraus hervor, daß am Ende der Stelle ausdrücklich die pendentia zu den praeterita gerechnet, und beide den futuris entgegengesetzt werden. Daß dieses aber auch wirklich Prinzip des römischen Rechts gewesen sei, geht aus einer Menge spezieller Anwendungen hervor, vgl. z. B. l. 1. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 18. C. de testib. (4, 20), l. 23. §. ult. C. mandati (4, 25), l. un. i. f. C. de rei uxor. act. (5, 13), l. 29. i. f. C. de testam. (6, 23), l. un. §. 15. C. de caduc. toll. (6, 51), l. 12. C. de suis (6, 55), Nov. 18. c. 5, Nov. 22. c. 46. 47, Nov. 54. c. 1, Nov. 76. c. 1, Nov. 89. c. 7, Nov. 98. c. 1, Nov. 99. c. 1, Nov. 118. c. 6. u. s. w. Um sich jedoch hier vor Mißgriffen zu hüten, muß man von einem bestimmten Begriff des wohlerworbenen Rechts, welches dem neuen Gesetz heilig sein soll, ausgehen. Es ist nämlich ein s. g. jus quaesitum nicht schon dann anzunehmen, wenn mir das Gesetz überhaupt die Befugniß zu gewissen Verfügungen gibt, oder wenn es mir unter Voraussetzung gewisser Ereignisse einen Rechtserwerb zusagt, sondern nur dann, wenn ich von jener Befugniß wirklich schon Gebrauch gemacht habe, oder wenn jenes bedingende Ereigniß wirklich schon eingetreten ist, also überhaupt, wenn die konkreten Voraussetzungen, von denen

die Anwendung eines Gesetzes abhängt, wirklich in's Leben getreten sind. Wenn also ein neues Gesetz erscheint, ehe ein Recht in concreto in Gemäßheit des frühern Rechts von mir erworben war, sollte auch die Möglichkeit des Rechtserwerbes in abstracto bei mir vollkommen gegründet sein, so versteht es sich, daß dieses der alsbaldigen unbedingten Wirksamkeit des neuen Gesetzes nicht entgegen steht.

c) Wenn durch neue Gesetze vorhandene Rechtsinstitute ganz abgeschafft oder wesentlich umgebildet werden, so liegt es in der Natur der Sache, daß solche Gesetze auch gegenwärtige, wohl begründete Rechte unmittelbar ergreifen; aber eine weise Gesetzgebung wird durch vermittelnde transitorische Bestimmungen die unvermeidlichen Härten einer solchen Rechtsänderung möglichst zu mindern suchen. Dies findet z. B. Anwendung, wenn durch neue Gesetze Zehnten, Frohnden, Lehen, Familien-Fideikommisse u. dgl. abgeschafft werden. Vgl. auch Savigny S. 514 fgg.

B. In Ansehung des Orts. §. 27.

Anm. Da über die praktisch allerdings wichtige Frage: nach den Gesetzen welchen Orts ein fragliches Rechsverhältniß beurtheilt werden müsse? die Gesetze keine Auskunft geben, sondern nur Doktrin und Praxis entscheiden müssen, so sind die Grundsätze darüber äußerst schwankend; vgl.

Hertius, de collisione legum (in opusc. vol. I. t. 1.) sect. IV. und VI.

Hommel, rhapsodia quaestionum obs. 409.

Sejer, de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777.

Zachariae lib. quaestionum. Wittenb. 1805. quaest. 1.

Meier, de conflictu leg. divers. in divers. loc. obtinent. Brem. 1810.

Tittmann, de competentia legum externar. et domesticar. Hal. 1822.

Haus, de principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas. Gött. 1823.

Zachariä, über die Rechtsregel: locus regit actum, in Elvers Themis II. S. 95 fgg.

Mittermaier, über die Collision der Prozeßgesetze, im Arch. für ziv. Prax. XIII. Abh. 16.

Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde Th. I. S. 5 fgg.

v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück. I. S. 29 fgg.

Story comment on the conflict of laws foreign and domestic. Boston 1834, 2. ed. 1841.

Seuffert, Kommentar über die bairische Gerichtsordnung (auch unter dem Titel: Handbuch des deutschen Zivilpr. auf die Grundlage und nach der Ordnung der baierischen Gesetzgebung). Erlang. 1836. Bd. I. S. 231 fgg.

Wächter, über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. Im ziv. Arch. XXIV. S. 230 fgg. XXV. S. 1 fgg. S. 161 fgg. S. 361 fgg.

Ders. Handb. d. Würtemb. Privatr. II. S. 79 fgg.

Kori im ziv. Arch. XXVII. S. 309 fgg.

Schäffner Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankf. 1841.

Foelix traité du droit international privé. Par. 1843. 2. edit. 1847.

Pütter das praktische europäische Völkerrecht. Leipz. 1845.

Savigny Syst. Bd. VIII. S. 8 fgg.

Vgl. auch Kierulff Theorie I. S. 73. fgg., Holzschuher Theorie u. Kas. I. S. 53 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 7. Günther in Weiske's Rechtslex. IV. S. 421. fgg. — Diese ganze s. g. Lehre von der Kollision der Statuten pflegt übrigens h. z. T. — und gewiß mit Recht, da die römischen Gesetze keine, nur irgend neunenswerthen Materialien dazu liefern — vorzugsweise in den Vorlesungen über das deutsche Privatrecht behandelt zu werden, vgl. auch Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 34—36, Mittermaier Grundsätze d. gem. deutschen Privatr. 7. Aufl. 1847 Bd. I. §. 30—32, Beseler Syst. des gem. deutschen Privatr. I. §. 38. 39, — und auch wohl in den Vorlesungen über Völkerrecht, vgl. z. B. Heffter d. Europ. Völkerrecht d. Gegenwart §. 37—39, Oppenheim System d. Völkerrechts. Kap. XV.

C) In Ansehung der Personen. §. 28.

VI. Von Aufhebung der Gesetze. §. 29.

Anhang. Vom Einfluß des s. g. Naturrechts, der Moral und der aequitas auf das positive Recht. §. 30.

Anm. Vgl. *Connan.*, comment. jur civ. lib. I. c. 11; *Donell.*, comm. jur. civ. lib. I. c. 13. §. 11 sqq.; *Conradi*, de juris et aequitatis inter se consensu, in opusc. vol. I. pag. 317 sqq.; Jordan im Arch. für ziv. Prax. VIII. S. 226 fgg.; Müller, ziv. Abh. 1. S. 210 fgg.; Albrecht, die Stellung der Aequitas in der Theorie des Zivilrechts. Dresd. und Leipz. 1834., Hartter im ziv. Arch. XXIX. S. 253 fgg., XXX. S. 377 fgg. S. auch Kierulff Theorie I. S. 18 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 5.

Zweites Kapitel.

Von Personen.

I. Von Personen überhaupt. §. 31.

II. Von physischen Personen.

A. Voraussetzungen für die Existenz als Mensch. §. 32.

Dig. I. 5. de statu hominum. — Glück Komm. II. S. 64 fgg., Savigny Syst. II. S. 4 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. de inspic. ventre (25, 4): Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Vgl. ***Papinian.*** l. 9. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2): Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

2) ***Paul.*** (libr. singul. de portionib. quae liberis damnator. conceduntur) l. 7. h. t.: Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. Vgl. l. 26. eod., l. 231. de V. S.

3) *Justinian.* l. 3. C. de postum. hered. instit. (6, 29): Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem

non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum, apparetque, quod, et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

4) *Ulp.* l. 12. pr. de lib. et post. (28, 2): Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, *etsi exsecto ventre editus sit*, nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Vgl. auch l. 6. pr. de inoff. test. (5, 2), l. 1. §. 5. ad SC. Tertull. (38, 17), l. 141. de V. S. Daß in solchem Falle die Frau geboren habe, konnte man freilich nicht sagen, und die daran geknüpften Folgen konnten also nicht eintreten, l. 132. §. 1. de V. S.: Falsum est, *eam peperisse*, cui mortuae filius exsectus est. Andre Vereinigungs-Versuche s. bei Glück a. a. O. S. 78. Not. 16, bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 141 cit. VII. p. 734 sq., Savigny S. 7. Not. e.

5) *Paul.* l. 14. h. t.: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid vel prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur. (Um die Nachtheile der Kinderlosigkeit von den Eltern abzuwenden, genügten aber auch monströse Geburten, l. 135. de V. S., vgl. Glück a. a. O. S. 74 fgg. und die dort in Not. 10. zahlreich Angeff., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 731 sq., Savigny S. 10. Not. r.)

Anm. Es ist eine für Kriminal- wie für Zivilrecht gleich wichtige Frage, ob die Fähigkeit, außer Mutterleibe fortzuleben (s. g. Lebensfähigkeit oder Vitalität), nothwendige Bedingung sei, um als Mensch

anerkannt zu werden, oder ob das blose Leben schon hinreiche? Die gewöhnliche Meinung, welcher noch jetzt viele Zivilisten (vgl. z. B. Glück II. S. 83, XXVIII. S. 131. Schweppe Hdb. §. 59. Göschen Vorles. §. 33, Warnkönig in Roßh. Zeitschr. II. S. 442 fgg.) und die bei Weitem meisten Kriminalisten (die hiervon gewöhnlich in der Lehre vom **infanticidium** handeln) folgen, nimmt das Erstre an und verlangt namentlich, ein Kind müsse wenigstens 181 Tage nach der Konzeption geboren sein. Die innern Gründe, die man hierfür anführt, und die sich darauf zurückführen lassen, daß das Leben eines noch nicht ausgetragenen Kindes ein bloses Scheinleben sei, beweisen offenbar zu viel, und darum gar nichts, denn das zwar ausgetragene, aber kurz nach der Geburt gestorbene Kind hat doch gewiß nicht weniger ein Scheinleben, und doch bezweifelt Niemand die Rechtssubjektivität eines solchen Kindes. Offenbar liegt diesem Argument eine Verwechslung des zur Rechtsfähigkeit, also zur Persönlichkeit allein erforderlichen physischen Lebens mit dem philosophischen Begriff von Leben, dem Leben mit Bewußtsein, zu Grunde. Wo möglich noch schwächer sind die für jene gewiß unnatürliche Ansicht angeführten gesetzlichen Argumente. Besonders nämlich zieht man hierher die bekannten Aussprüche der **l. 12. de statu homin.** und der **l. 3. §. 12. de suis et legit.** (38, 16), aber hier ist nur gesagt: „ein Kind, welches am 182ten Tage nach Eingehung der Ehe oder nach der Manumission der Mutter geboren ist, soll als ein eheliches, und **resp.** als ein von einer Freien konzipirtes präsumirt werden", woraus doch offenbar nicht folgt, daß ein vor dem 182ten Tage nach der Zeugung geborenes Kind als ein rechtlicher **abortus** angesehen werden müsse. Ferner führt man noch **l. 2.** und **l. 3. C. de postum. hered. instit.** (6, 29) an. In der ersten Stelle heißt es nun freilich, durch einen **abortus** könne das Testament des Vaters nicht rumpirt werden; daß aber ein wirklich lebendes und mit menschlicher Bildung versehenes Kind darum ein **abortus** sei, weil es vor dem 182ten Tage nach der Konzeption geboren worden, ist weder dort, noch in einem andern Gesetze gesagt. Und, wenn es endlich in **l. 3. C. cit.** (T. 3.) heißt, ein gestorbenes Kind müsse, um als gewesenes Rechtssubjekt zu gelten, **perfecte natus** gewesen sein, so soll damit offenbar nicht die Lebensfähigkeit bezeichnet werden, sondern nur, das Kind müsse, ehe es gestorben sei, völlig von der Mutter geschieden gewesen, es dürfe also nicht während des Geburtsakts selbst gestorben sein. (Wie dieses Letztre jetzt von Sintenis **I. §. 13. Not. 4.** geleugnet werden kann, ist mir bei dem ganz unzweideutigen Ausspruch der **l. 3. cit.** nicht wohl begreiflich.) Die Kriminalisten pflegen sich noch für ihre Ansicht besonders auf

die Ausdrücke der P. G. O. Art. 131. „lebendiges gliedmäßiges Kindlein", „Kind, das Leben und Gliedmaaß empfangen hätt" zu berufen. Aber gewiß dachte Karl V hierbei nicht an unsern Begriff von Lebensfähigkeit, sondern er wollte nur die Tödtung monströser Geburten von dem Thatbestand des **infanticidium** ausschließen, und schon **Remus** übersetzt jene Worte richtig mit **„foetus vivus forma naturae congruente praeditus"**, **„infans vivus membris distinctis praeditus"**. — Das Resultat ist also: da die Gesetze nirgends mehr verlangen, als daß ein Kind mit menschlicher Bildung versehen und lebend zur Welt gekommen sei, so ist die weitere Annahme, daß auch noch Vitalität hinzukommen müsse, durchaus willkührlich, und zwar um so mehr, da auch kein in der Natur der Sache liegender Grund dafür angeführt werden kann. Vgl. auch **l. 12. §. 1. de liber. et postum. hered. inst. (28, 2): Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.** Erwägt man nun noch überdies, daß die ganze Lehre von den 182 Tagen offenbar unpraktisch ist, indem der Tag der Zeugung juristisch gar nicht festgestellt werden kann, so darf man sich darüber freuen, daß in der neueren Zeit die Mehrzahl der Zivilisten sich gegen dieselbe erklärt hat, vgl. z. B. Seuffert Erörtr. I. S. 150 fgg., Dähne in Elver's Themis II. S. 356 fgg., Fritz Erl. zu Wening I. S. 133 fgg., Kierulff Theorie I. S. 87. Not., Savigny Syst. II. Beil. 3. S. 385 fgg., Holzschuher Theorie I. S. 238 fgg., und die Lehr- und Handbücher von Wening §. 58, Thibaut §. 121, Mühlenbruch §. 177. Not 2, Boecking I. §. 32, Sintenis I. §. 13. Not. 8, Burchardi II. §. 22. Eine mittlere Meinung, aber ohne gesetzlichen Grund, vertheidigen jetzt Schilling Lehrb. I. §. 25. und Puchta in Richter's Jahrb. 1840. S. 680 fgg. und im Lehrb. §. 114, indem sie zwar das Erforderniß der Vitalität annehmen, aber ohne alle Rücksicht auf die 182 Tage.

B. Von dem Aufhören der physischen Persönlichkeit durch den Tod. §. 33.

1) *Marcian*. l. 18. pr. de reb. dub. (34, 5): — — — si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

2) *Tryphonin*. l. 9. §. 4. eod.: Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat,

perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium approbetur. Quodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

3) *Tryphonin.* l. 9. pr. eod.: Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus morietur, Titium substituit; duo impuberes simul in nave perierunt; quaesitum est, an substituto et cujus hereditas deferatur? Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia, quum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit; nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit, et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. (Die grammatische Schwierigkeit in dem Satze: in proposita autem quaestione rel. kann doch wohl nur durch eine Textveränderung gehoben werden. Ueber die verschiedenen Versuche vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. V. p. 468, Mühlenbruch und Schilling im civ. Arch. IV. S. 415 fgg., *Gaedcke* de jure commorientium p. 90 sqq. not. 97. Sehr ansprechend ist die Meinung von *Rucker* ad leg. 6. §. 1. quemadm. serv. amitt. L. B. 1751. sect. II. fin., in Oelr. thes. vol. I. tom. 1. p. 303. not., welcher Statt: *quia,* quum neutri rel. lies't: *quaeritur, an,* quum neutri rel., und dies dadurch rechtfertigt, daß aus dem abgekürzten *q. an* leicht quia habe entstehen können.)

Anm. 1. Wenn Jemand verschollen ist, so entsteht das unabweisliche Bedürfniß, einen bestimmten Moment für seinen Tod anzunehmen, damit darnach namentlich die Vermögens-Verhältnisse desselben regulirt werden können. In den Gesetzen findet sich hierüber keine

bestimmte Entscheidung, denn die Tabelle in l. 68 ad leg. Falcid. (35, 2) hat einen ganz speziellen Zweck, und wenn in andern Stellen 100 Jahre als das höchst mögliche Lebensalter eines Menschen erwähnt werden, l. 56. de usufr. (7, 1), so kann auch dies wohl schwerlich zum Zweck einer Todesvermuthung benutzt werden. Es hat sich daher in der Praxis, unabhängig von den Gesetzen, aber mit Rücksicht auf Ps. 90. V. 10 die Meinung festgestellt, daß die Todesvermuthung eines Verschollenen mit der Vollendung des 70ten Lebensjahrs eintrete, wo aber doch erst noch eine Ediktalladung und eine Todeserklärung von Seiten des Richters folgen muß, vgl. Glück XXXIII. §. 1397. e. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. IV. (1836) S. 364 fgg., und die vielen hier Angeff. So allgemein dies auch anerkannt ist, so ist man doch über den Zeitpunkt, von welchem an die Folgen des Todes eintreten sollen, also namentlich über den Moment der Erbschafts-Delation, sehr uneinig. Früher nahmen nicht Wenige an, man müsse, wenn einmal die Todeserklärung erfolgt sei, den Tod rückwärts vom Augenblicke der Verschollenheit an datiren (s. g. successio ex tunc), wobei man sich noch vorzugsweise auf l. 10. pr. de captiv. et postlim. (49, 15): pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, zu berufen pflegte, vgl. z. B. außer vielen Aelteren Böhmer, Rechtsfälle Bd. III. S. 7 fgg., Hagemann, prakt. Erörtr. Bd. V. S. 223 fgg. Wie so ganz irrig dies aber sei, und wie wenig man sich dafür auf l. 10. cit. berufen könne, wird jetzt auch allgemein anerkannt, vgl. auch l. 4. C. de postlim. revers. (8, 50), und man streitet h. z. T. nur noch darüber, ob der Augenblick des vollendeten 70ten Jahrs, wie z. B. Seuffert, Erörtr. I. S. 53 fgg., Schweppe, Handb. I. S. 148, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 455, Glück a. a. O. S. 296 fgg., Heise und Cropp, jurist. Abh. Th. II. S. 139, Pfeiffer a. a. O. S. 371 fgg., Savigny II. S. 18 fgg. annehmen, oder vielmehr der des richterlichen Dekrets entscheide, was vorzüglich Gesterding, Nachforschungen Th. I. S. 338 fgg. vertheidigt, vgl. auch Eichhorn, Einleitung in das d. P. R. §. 327. und Mittermaier, Grundsf. d. gem. deutsch. Privatr. 7. Aufl. §. 448. So viel sich auch aus praktischen Gründen für die erstere Meinung sagen läßt, vgl. besonders Pfeiffer a. a. O. S. 373, so möchte doch wohl die letztere Ansicht den Vorzug der Konsequenz haben, denn die nach unserer Praxis wesentlich nöthige Ediktalladung und richterliche Todeserklärung würden jener Ansicht nach fast als überflüssig erscheinen; ja, die Maßregel einer öffentlichen Ladung würde an Absurdität grenzen, da sie an Jemanden gerichtet wäre, welcher

jener Präsumtion nach schon für todt gehalten werden müßte. In der That hat sich auch die Praxis in mehreren Ländern, namentlich in Kurhessen, sehr entschieden für diese konsequentere Meinung ausgesprochen, wie Pfeiffer selbst einräumt a. a. O. S. 379 fgg., und aus mehrfachen von ihm mitgetheilten Entscheidungen des O. A. G. hervorgeht a. a. O. S. 386 fgg. — Uebrigens versteht sich von selbst, daß durch eine solche Todeserklärung nur eine einfache **praesumtio juris** entsteht, und wird also namentlich nachher ein bestimmter Beweis über den wahren Zeitpunkt des Todes des Verschollenen erbracht, so muß der Erbschaftsanfall nach diesem, nicht aber nach dem Moment der Todeserklärung bestimmt werden.

Anm. 2. Es ist nicht selten von großem praktischem Interesse, zu wissen, welche von zwei Personen früher verstorben sei, als die andere, und man denke nur in dieser Beziehung an den Fall, wenn die beiden fraglichen Personen sich gegenseitig beerben, eine jede von ihnen aber wieder andre gesetzliche Erben hat, oder wenn von dem Ueberleben der einen Person die Wirksamkeit gewisser vertragsmäßiger oder letztwilliger Dispositionen abhängt. Man vgl. hierüber besonders Mühlenbruch im ziv. Arch. IV. S. 391 fgg., und **Gaedcke, de jure commorientium. Rostock.** 1830. Vor allen Dingen ist natürlich darauf zu sehen, ob nicht der frühere oder spätere Tod des Einen bewiesen werden kann, und hierbei ist auch künstlicher Beweis, namentlich aus medizinischen Gründen nicht ausgeschlossen. Nur darf man dabei nicht in den, leider sehr häufigen, Fehler fallen, blose Wahrscheinlichkeiten als Beweis gelten zu lassen, und so ist es z. B. durchaus unzulässig, wenn man früher oft annahm, daß der Aeltere vor dem Jüngern gestorben sei (eine Meinung, wofür man sich sehr mit Unrecht auf **l. 15. pr. de inoff. test.** (5, 2) zu berufen pflegte), daß der Stärkere den Schwächern überlebt habe, was auch noch Gaedcke a. a. O. S. 37 fgg. als Hauptgrundsatz aufstellt, daß also namentlich regelmäßig der frühere Tod des Weibes vor dem Manne zu präsumiren sei u. dgl. m. Ist aber ein wahrer Beweis in dem konkreten Falle nicht möglich, so ist

1) für einen Fall eine **praesumtio juris** begründet, nämlich: wenn Aszendenten und Deszendenten zusammen eines s. g. unnatürlichen Todes gestorben sind, z. B. bei einem Schriffbruch, zur Pestzeit, im Kriege u. s. w., so soll das unmündige Kind als vor, das mündige aber als nach dem Aszendenten verstorben angesehen werden, T 2. vgl. mit **l. 9. §. 1. de reb. dub.** (in welchem Falle offenbar ein **filius** *miles*, also gewiß ein mündiges Kind supponirt wird), **l. 16. pr.**, **l. 22**, **l. 23. eod.**, **l. 26. pr. de pact. dotal.** (23, 4). — Mühlenbruch a. a. O., dem z. B.

Wening §. 58. ganz folgte, stellt freilich diese Präsumtion in mehrfacher Beziehung weiter dar, als sie in unsern Gesetzen vorkommt, denn einmal beschränkt er dieselbe nicht auf einen gleichzeitig über Mehrere hereinbrechenden unnatürlichen Tod, sondern faßt sie ganz allgemein auf, und dann will er den ersten Satz nicht auf Asƶendenten und Deszendenten beschränkt wissen, sondern es soll allgemein der frühere Tod des Unmündigen präsumirt werden. Es ist dies jedoch gewiß nicht zu billigen, denn jede **praesumtio juris** ist ein **jus singulare**, welches bekannten Grundsätzen nach eine analoge Ausdehnung nicht zuläßt. Wenn aber Mühlenbruch S. 401. noch für sich anführt, daß die Römer wahrscheinlich bei Aufstellung jener Präsumtion von dem Erfahrungssatz ausgegangen wären, daß von einer gewissen Zahl von Gebornen die Meisten wieder innerhalb der Unmündigkeit versterben, so ist dies offenbar ungehörig; denn jener Erfahrungssatz würde zwar wohl entscheiden können, wenn es sich um die Frage handelte, ob der Mündige oder Unmündige als verstorben anzusehen sei, aber er ist ganz irrelevant bei unserer Frage, wobei der Tod Beider gewiß, und nur ungewiß ist, wer vor-, wer nachher verstorben sei. Mit Recht erklären sich daher auch die Meisten gegen Mühlenbruch, vgl. z. B. Glück, Intestaterbf. S. 11 fgg., Mackeldey §. 141, Thibaut §. 122, Schweppe I. S. 150, Schilling II. §. 25. Zus. 2, Kierulff I. S. 89 fgg., Savigny II. S. 20 fgg., Puchta §. 115, Boecking I. §. 32, Sintenis I. S. 95. Not. 11. u. A. m. — Von dieser **praesumtio juris** gibt es jedoch zwei Ausnahmen zu Gunsten des Patronatrechts und der Fideikommisse, l. 9. §. 2. **de reb. dub.**, l. 17. §. 7. **ad SC. Trebell.** (36, 1).

2) Kann kein Beweis erbracht werden, und hilft auch die eben angegebene **praesumtio juris** nicht aus, so kann nur das Prinzip entscheiden, was Marcian in L. 1. angibt, daß man nämlich Keinen als vor dem Andern verstorben annehmen könne, d. h. wenn zum Eintritt einer bestimmten rechtlichen Folge nothwendig vorausgesetzt wird, daß die eine Person die andere überlebt habe, so kann dieselbe nicht Platz greifen. In der That finden sich auch vielfache sehr unzweideutige Anwendungen dieses Grundsatzes in unsern Quellen, vgl. z. B. l. 9. §. 3, l. 16. §. 1, l. 17, l. 18. **pr. de reb. dub.**, l. 34. **ad SC. Trebell.** (36, 1), l. 32. §. 14. **de donat. inter vir. et uxor.** (24, 1), vgl. mit l. 8. **de reb. dub.**, l. 26. **de mort. c. donat.** (39, 6). Nur versteht es sich, daß auch wirklich bei der Entscheidung des konkreten Falls auf den frühern oder spätern Tod einer Person nach dem wahren Sinn der zu Grunde liegenden Disposition

etwas ankommen muß, und daraus erklärt sich leicht die vielbesprochene (vgl. Mühlenbruch S. 413 fgg. und die da Angeff.) l. 9. pr. de reb. dub., wornach, wenn Jemand den Titius dem zuletzt Sterbenden seiner unmündigen Söhne pupillariter substituirte, und nun beide Kinder zusammen versterben, Titius Beiden succediren soll. Dieß muß offenbar darum angenommen werden, weil die Absicht des Testators durchaus darauf gerichtet ist, dem Titius auf den Fall, daß seine Kinder in der Unmündigkeit verstürben, das Ganze zuzuwenden; denn, da Unmündige kein Testament machen können, so würde auch im Falle des Hintereinander-Sterbens die Erbschaft Beider in die Hände des Titius gekommen sein.

C. Die römisch-rechtliche Lehre von den status und capitis deminutiones, und deren heutige Anwendbarkeit.

§. 34.

Dig. IV. 5. de capite minutis. — Inst. I. 16. de capitis deminutione.

1) *Paul.* l. 11. h. t.: Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

2) §. 5. J. h. t.: Quibus autem dignitas magis, quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo Senatu motum capite non minui constat.

Anm. 1. — 1) Damit der Mensch volle Rechtssubjektivität habe, müssen, außerdem, daß er als Mensch existirt (§. 32), noch andere juristische Voraussetzungen (die s. g. *status* im engern Sinn, vgl. Feuerbach, zivil. Vers. Nro. 6, v. Löhr, Mag. IV. Nro. 1, Savigny, Syst. II. S. 443 fgg.) eintreten, und zwar werden uns deren drei aufgeführt:

a) Jeder Mensch ist in Betreff des Physischen an ihm, Objekt

des Eigenthumsrechts, und zwar steht er entweder in dem Eigenthum eines Andern, oder er hat sich selbst im Eigenthum. Im ersten Falle ist er Sklave, und gilt eben damit juristisch als Sache, nicht als Person, was so weit geht, daß er selbst dann, wenn er von seinem bisherigen Eigenthümer derelinquirt wird, nicht frei, sondern eine **res nullius** wird, und also dem Okkupanten zufällt, **arg. leg. 38. §. 1. de noxal. act. (9, 4), l. 8. pro derelicto (41, 7), l. 36. de stipul. servor. (45, 3).** Soll also ein Mensch überhaupt als Rechtssubjekt in Betracht kommen, so muß er frei sein, d. h. er muß in seinem eignen Eigenthum stehen, er muß sein eigner Herr sein (vgl. **Pers. Sat. V. v. 88. Dion. Halic. II. 27,** vgl. mit meiner Abh. über die **Latini Juniani.** Marb. 1833. S. 67 fgg.), sei es nun, daß er dieses von seiner Geburt an war (**ingenuus**), oder daß er das Eigenthum über sich selbst von seinem frühern Herrn erst erworben hat (**libertinus**). Der *status libertatis* stellt sich demgemäß als die Grundbedingung aller juristischen Persönlichkeit heraus.

b) Wie aber das Eigenthum überhaupt bei den Römern sich eintheilte in bürgerliches (**dominium ex jure Quiritium**), und natürliches (das **in bonis esse**, s. g. bonitarisches Eigenthum), so war dies auch bei dem Eigenthum, welches Jemand über sich selbst hatte, der Fall. Man hatte nämlich sich selbst entweder im bonitarischen Eigenthum, und dies war bei allen Nichtbürgern der Fall, oder man hatte sich selbst im Quiritarischen Eigenthum, und war eben damit **civis Romanus.** Daß dieses aber wirklich der Grundcharakter der römischen Zivität war, darf bei genauerer Betrachtung nicht bezweifelt werden, und geht namentlich auf das Entschiedenste aus dem Institut der **iteratio** hervor, vgl. meine angef. Abh. a. a. O. und S. 147 fgg. Hatte nun Jemand blos das natürliche Eigenthum über sich selbst, so konnte er eben darum auch nur die Gerechtsame des **jus gentium** für sich in Anspruch nehmen, und blos, wenn er sich selbst im quiritarischen Eigenthum hatte, d. h. wenn er **civis Romanus** war, konnten die eigenthümlich römischen Rechtsverhältnisse für ihn anwendbar sein, mit andern Worten: der *status civitatis* war die Grundbedingung aller bürgerlichen Persönlichkeit.

c) Es stand aber der römische Bürger nicht blos in der großen Gesammtheit aller freien Menschen, wodurch er überhaupt zum Rechtssubjekt wurde, und in der engern Gemeinschaft der **cives Romani,** wodurch er bürgerliche Persönlichkeit erhielt, sondern er stand auch in dem noch engern Kreis der **familia,** wobei man sich nur hüten muß, an das durch Blutsverwandtschaft hervorgerufene Verhältniß zu denken, sondern man darf dabei blos das

Agnations-Verhältniß zu Grunde legen, vgl. l. 195. §. 2. fin. de V. S., und auch das ist hierbei noch zu bedenken, daß dabei nicht nothwendig mehrere Personen vorausgesetzt werden, sondern auch der Alleinstehende, z. B. der emancipatus „propriam familiam habet", l. 195. cit. Jeder römische Bürger hatte demnach als solcher auch den *status familiae*, welcher als Grundbedingung einer Reihe höchst wichtiger Rechte (man denke nur z. B. an das Erbrecht) den allgemeinen status civitatis ergänzt. Hieraus geht übrigens auch von selbst hervor, daß der status familiae, getrennt von dem status libertatis oder civitatis, nicht verloren, sondern nur vertauscht werden kann, indem jeder Bürger als solcher in einer Familie, und sollte es auch nur seine eigene sein, stehen muß.

2) Auf diese drei status beziehen sich nun die drei Arten der *capitis deminutio*, von denen die maxima und media hier übergangen werden können. Was aber die so sehr häufig mißverstandene (zum Beleg mögen hier die beiden neuesten Monographieen dienen, nämlich *a Seckendorff*, diss. de minima capit. deminut. Colon. 1828. und *Simson*, exercitatio ad leg. 11. Dig. de capite minutis Regim. 1835) capitis deminutio minima anbelangt, so ist dieselbe einfach als das Heraustreten aus dem bisherigen Agnationsnexus zu charakterisiren, wobei nur natürlich vorausgesetzt wird, daß Freiheit und Zivität bestehen bleiben. Vgl. Gans, Scholien zu Gaius S. 218 fgg., v. Löhr a. a. O. S. 8 fgg., Zimmern Rg. I. §. 229. Sie kommt im Justinianischen Rechte noch in folgenden Fällen vor: 1) stets, wenn ein homo sui juris, alieni juris wird, also im Fall der arrogatio, legitimatio und revocatio in patriam potestatem propter ingratitudinem; 2) wenn ein homo alienis juris, als solcher in eine andre Familie eintritt, was bei denjenigen vorkommt, die in eine plena adoptio gegeben sind, und bei den Kindern eines arrogatus, legitimatus oder in patr. pot. revocatus; 3) endlich, wenn Jemand durch (freiwillige oder gezwungene) Emanzipation aus einem homo alieni juris ein homo sui juris wird, denn geschieht dies auf andere Art, z. B. durch Ehrenstellen, oder durch den Tod des paterfam., so tritt keine capit. demin. ein, und der bisherige Agnationsnexus bleibt vollkommen bestehen, l. 195. §. 2. fin. de V. S. Nov. 81. c. 2. (Natürlich blieb auch nach altem Rechte das alte Agnations-Verhältniß bestehen bei dem filius, welcher flamen Dialis, und bei der filia, welche Vestalin wurde, obwohl dieselben eo ipso aus der väterlichen Gewalt heraustraten, Gell. N. A. I. 12. Daß dieses Simson cit. S. 44 fgg. verkennt, indem er auch in diesen Fällen

ein Heraustreten aus dem bisherigen Agnations-Verband annimmt, ungeachtet keine capit. dem. eingetreten sei, mag wohl der Hauptgrund sein, weshalb er sich in den so einfachen Begriff der capit. dem. min. nicht finden konnte, und zu völlig ungenügenden und bodenlosen Konjekturen, S. 60 fgg., seine Zuflucht nahm). —

Ich habe die ganze obige Darstellung völlig unverändert aus den früheren Auflagen in die gegenwärtige herübergenommen, obwohl seitdem Savigny Syst. II. S. 60 fgg. und Beil. VI. S. 443 fgg. in einer geistreichen und scharfsinnigen Ausführung eine neue Theorie entwickelt hat, deren wesentliche Resultate freilich schon in der oben angeführten Dissertation von Seckendorff enthalten sind. So anziehend und in vielen Beziehungen lehrreich aber auch diese neue Darstellung ist, so steht sie doch in so entschiedenem Widerspruche mit unsren Quellen, daß sie schwerlich zahlreiche Anhänger finden dürfte, vgl. auch dagegen Puchta in den krit. Jahrb. 1840. S. 687 fgg. und im Kurs. der Institut. Bd. II S. 469 fgg., und Boecking, Institut. I. §. 58. Die Grundzüge der Savigny'schen Ansicht sind folgende:

Das Charakteristische einer jeden capitis deminutio ist die Degradation eines Menschen in Beziehung auf seine Rechtsfähigkeit. Auf die Rechtsfähigkeit sind aber drei Verhältnisse von bestimmendem Einflusse, Freiheit, Zivität und Unabhängigkeit von Familiengewalt, und in Beziehung auf jedes dieser drei Verhältnisse lassen sich wieder drei Stufen unterscheiden, nämlich in Beziehung auf Freiheit: **ingenui, libertini, servi**; in Beziehung auf Zivität: **cives Romani, Latini, peregrini**; in Beziehung auf Familiengewalt: **homines sui juris, filiifamilias** und **uxores in manu, homines qui in mancipio sunt**. Kommt nun eine Degradation in Beziehung auf Freiheit vor, wird also in diesem Verhältniß ein Mensch von einer höheren auf eine niedere Stufe herabgesetzt, so ist eine **capitis deminutio** ***maxima*** vorhanden. Kommt eine solche Degradation in Beziehung auf die Zivität vor, wird also ein Römer **Latinus** oder **peregrinus**, oder wird ein **Latinus** zu einem **peregrinus** degradirt, so ist dies eine **cap. dem.** ***media***. Und kommt endlich eine solche Degradation in Beziehung auf die Familiengewalt vor, so ist eine **cap. dem.** ***minima*** vorhanden, welche demnach in folgenden zwei, aber auch nur in folgenden zwei Fällen Platz greift

erstlich, wenn ein **homo sui juris** in eine **patria potestas** oder eine **manus** kommt; da er in ein **mancipium** nicht kommen kann, so fällt dieser noch gedenkbare Fall von selbst aus;

zweitens, wenn ein Hauskind oder eine Frau **in manu** in

das **mancipium** kommt, und aus diesem Grunde wird denn auch durch **emancipatio** und **datio in adoptionem** eine **capit. dem. minima** begründet. —

So weit Savigny. In Betreff der **cap. dem. maxima** und **media** stimmt im Wesentlichen die neue Theorie mit der herrschenden Lehre überein, nur etwa mit der Ausnahme, daß Savigny eine **cap. dem. media** auch dann annimmt, wenn ein Latine zum Peregrinen wird, ein Satz, von welchem unsre Quellen nichts wissen. Was dagegen die **capitis dem.** *minima* anbelangt, so weicht Savigny's Ansicht sehr wesentlich von der bisher gewöhnlichen Lehre ab, und zu ihrer näheren Würdigung mögen folgende Bemerkungen dienen:

1) Unsre Ansicht, wornach die **cap. dem. minima** sich einfach als das Heraustreten eines Bürgers aus dem bisherigen Familien-Verbande darstellt, wird in mehreren Quellen-Zeugnissen auf das Bestimmteste ausgesprochen. So definirt Paulus in T. 1. die **cap. dem. minima**: „**quum et libertas et civitas retinetur,** *familia tantum mutatur*", und eben so sagt derselbe in **l. 3. pr. h. t.**:

„**Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sunt, et** *quum familiam mutaverint*",

und in **l. 7. pr. eod.**:

„**Tutelas etiam non amittit** *capitis minutio* — — —. **Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse** *familia mutati*".

Freilich behauptet dagegen Savigny, diese Stellen enthielten „nur einen mißlungenen Versuch des Paulus, die dreifache **capit. dem.** auf eine rationelle Weise zu begründen", und wir dürften darauf um so weniger Gewicht legen, als in andren Stellen, abweichend von Paulus, das wahre Wesen der **cap. dem. minima** angedeutet werde, nämlich von Ulpian **fragm. XI. 13**:

„**Minima cap. dem. est, per quam et civitate et libertate salva,** *status duntaxat hominis mutatur*"

und von Justinian in **§. 3. J. h. t.**:

„**Minima cap. dem. est, cum et civitas et libertas retinetur,** *sed status hominis commutatur*",

welche letztre Stelle wohl ohne Zweifel wörtlich aus dem nicht ganz leserlichen §. 162. des 1. Buchs der Institutionen des Gaius entlehnt sei. Ich muß aber offen gestehen, daß es mir nicht hat gelingen wollen, aus diesen Stellen den von Savigny behaupteten Dissens zwischen Paulus auf der einen, und Gaius und Ulpian

auf der andren Seite herauszufinden, und noch viel weniger, in den Definitionen dieser Letztren den Savigny'schen Begriff zu entdecken. Das wahre Verhältniß dieser verschiedenen Stellen ist vielmehr gewiß, daß ganz dasselbe, was Paulus bestimmt und scharf ausspricht, in den andren Stellen etwas weniger scharf, aber doch vollkommen deutlich, ausgesprochen wird; und unter diesen Umständen erscheint es mir mehr als gewagt, einen Begriff von cap. dem. minima aufzustellen, der durch kein einziges Zeugniß unterstützt wird, wohl aber mit ganz unzweideutigen Quellen-Aussprüchen in offenem Widerspruch steht.

2) Wie der neue Begriff selbst, so können auch die einzelnen Folgerungen, welche aus demselben gezogen werden müssen, mit unsren Quellen nicht vereinigt werden.

a) Nach Savigny erleiden die Kinder eines **arrogatus**, welche zusammen mit ihrem bisherigen Gewalthaber in die **potestas** und die **familia** des **pater arrogator** eintreten, keine **cap. deminutio**, weil hier ja, ungeachtet der **familiae mutatio**, von einer Degradation im Savigny'schen Sinne keine Rede sein kann. Das gerade Gegentheil sagt aber Paulus in der oben abgedruckten **l. 3. pr. h. t.**, und zwar ganz und gar nicht schüchtern, wie Savigny meint, sondern sehr bestimmt und entschieden („*placet*"), so daß ich es für äußerst unwahrscheinlich halten muß, daß dies blos eine individuelle Meinung von Paulus gewesen sei, und zwar um so mehr, da sich auch keine Spur einer entgegengesetzten Lehre in unsren Quellen vorfindet.

b) Nach Savigny wurde durch **conventio in manum** nur dann eine **cap. dem.** herbeigeführt, wenn die Frau **sui juris** war, aber nicht auch dann, wenn eine Haustochter in die Manus kam. Ohne diese Unterscheidung auch nur entfernt zu berühren, wird dagegen in den Quellen ganz allgemein die **cap. deminutio** als Wirkung der **coemtio** angeführt, **Gai. I. 162, IV. 38, Ulp. XI. 13, Cic. Top. c. 4.** vgl. mit **Gai. I. 115a.**

c) Nach Savigny wurde durch Emanzipation und durch **datio in adoptionem** nur aus dem Grunde eine **capit. dem. min.** begründet, weil es zur wesentlichen Form dieser Rechtsgeschäfte gehörte, daß das Hauskind zuerst in das Manzipium gebracht wurde, und eine wesentliche Konsequenz dieser Ansicht ist die, daß mit dem Wegfallen dieser Form auch die **cap. dem.** weggefallen sein müsse. Bekanntlich wird aber noch im Justinianischen Rechte diese Wirkung der Emanzipation fortdauernd angenommen, vgl. z. B. **§. 3. J. h. t.** [„**vel contra**"], **l. 3. §. 1, l. 9.** vgl. mit **l. 8 fin. h. t. u. a. m.**, und die Aufnahme solcher Stellen dürfte also wieder nur der Kurzsichtigkeit der Kompilatoren zugemessen werden.

3) Eine vorzügliche Stütze für seine Ansicht findet Savigny in dem Verhältniß der Vestalinnen, indem auch er, ähnlich wie Simson (s. oben), aus *Gell.* **I.** 12. folgert, daß dieselben keine **cap. dem.** erlitten hätten, aber dennoch aus ihrem bisherigen Agnations=Verband herausgetreten wären, was, wenn es wahr wäre, allerdings mit unsrer Ansicht von **cap. dem. minima** nicht wohl vereinigt werden könnte. Aber ich muß die Richtigkeit dieser Folgerung noch fortwährend in Abrede stellen. Nachdem Gellius gesagt hat, daß eine Vestalin sogleich ohne Emanzipation und ohne **cap. deminutio** aus der väterlichen Gewalt trete, und das Recht, ein Testament zu errichten, erhalte, fährt er so fort:

„**Praeterea in commentariis Labeonis quae ad XII tab. composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Id quo jure fiat, quaeritur**“.

Daß hiernach die Vestalin Niemanden **ab intestato** beerbt, und von Niemanden **ab intestato** beerbt wird, glaubt Savigny blos dadurch erklären zu können, daß sie aus dem Agnaten=Verband herausgetreten sei. Erwägt man aber, daß die Alten selbst keinen rechten Grund für diese Eigenheit einsahen („**id quo jure fiat, quaeritur**“, welche Worte sich doch gewiß auf den ganzen vorhergehenden Satz beziehen), und daß jedenfalls ein eben so nahe liegender Grund in dem gleichsam unmittelbaren Verhältniß der Vestalin zur Gottheit gefunden werden kann (vgl. auch Boecking a. a. O. S. 278.): so dürfte die Folgerung, welche Savigny für eine nothwendige erklärt, schwerlich begründet sein, und in keinem Falle gewährt die Stelle des Gellius ein irgend sicheres Argument dafür, daß die Vestalin wirklich aus ihrer Familie herausgetreten sei.

4) Großes Gewicht legt Savigny für seine Ansicht auf das Wort: **capitis** ***deminutio,*** und auf den logischen Zusammenhang, welcher zwischen der **cap. dem.** ***minima*** auf der einen, und der **cap. dem.** ***media*** und ***maxima*** auf der andren Seite Statt finden müsse. Offenbar deute jenes Wort auf eine Veränderung zum Nachtheile, auf eine Minderung der Rechtssphäre, und wie bei der **cap. dem. maxima** und **media** anerkannter Weise eine solche Minderung der Rechtsfähigkeit begründet sei, so sei nichts natürlicher, als daß derselbe Begriff sich auch bei der **cap. dem. minima** wiederfinde. Dieses sei nun nach der neuen Ansicht vollkommen der Fall, während sich dies nach der herkömmlichen Lehre anders verhalte, und darum vermisse man hierbei denn auch allen innern Zusammenhang zwischen den verschiedenen Arten der **cap. deminutio.** — Ich will gegen diese Deduktion nicht einwenden, daß

in unsren Quellen das Wesen der **cap. deminutio** nicht gerade in eine Verschlechterung des Zustandes gesetzt wird, sondern dieselbe vielmehr als eine *mutatio* **status** charakterisirt zu werden pflegt, vgl. z. B. **Gai. I.** 159, **Ulp. XI.** 13, **Paul. I.** 7. §. 2, **III.** 6. §. 29, **pr.** §. 3. **J. h. t.**, l. 1. **h. t.**, l. 2. **de in integr. rest.** (4, 1), l. 9. §. 4. **de minor.** (4, 4), l. 28. **C. de liberali causa** (7, 16), und daß ein Argumentiren aus Worten immerhin, bestimmten Quellenzeugnissen gegenüber, etwas Mißliches hat. Ich will vielmehr die Prämissen Savigny's vollständig zugeben, ohne aber deßhalb den Folgerungen, die er daraus für seine und gegen unsre Ansicht macht, beistimmen zu können. Auch nach unsrer Ansicht ist nämlich mit jeder **cap. dem. minima** eine Minderung der Rechtssphäre nothwendig verbunden, indem ja offenbar durch das Heraustreten aus einem bestimmten Agnaten-Kreise alle die Rechte verloren gehen, für welche dieser Familiennexus die Grundlage bildet. Allerdings tritt an die Stelle der verlornen **familia** eine andre, die vielleicht dem Individuum weit größere Vortheile bietet; aber bei dem Begriff der **cap. deminutio** kommt überhaupt nur der nächste unmittelbare Verlust, nicht aber dasjenige in Betracht, was Statt des Verlornen eingetauscht wird; und wie es immer eine **cap. deminutio media** war, wenn ein römischer Bürger seine Zivität verlor, sollte er dafür auch eine andre Zivität erwerben, die ihm weit größere Vortheile bot, ganz eben so ist es immer eine **cap. dem. minima**, wenn Jemand seine bisherigen Familienrechte verliert, obwohl er dafür eine vielleicht bessere und vortheilhaftere Stellung in einer andren Familie eintauscht. —

Anm. 2. — Was nun die Wirkungen der **capitis dem. minima** anbelangt, so geht

1) schon aus dem Begriff derselben hervor, daß dadurch die bisherigen Agnations-Rechte verloren gehen. Allerdings ist dies im Justinianischen Rechte nicht mehr von der großen Bedeutung, wie ehedem, da die meisten dieser Rechte auf die blose Kognation, die natürlich durch **cap. dem. minima** nicht zerstört wird, **Gai. I.** 158. §. 6 **J. h. t.**, übertragen sind, aber doch ist auch hier noch die Agnation als solche in mehrfacher Beziehung wichtig, und man braucht, um dies zu beweisen, nur an die s. g. Suität und die wichtigen damit verknüpften Rechte zu erinnern, vgl. aber auch außerdem v. Buchholtz jurist. Abh. S. 96 fgg. Sehr scharf tritt aber namentlich die Bedeutung der **cap. dem. minima** auch noch im neuesten Rechte bei der Adoption hervor, denn da durch diese blose Agnation begründet wird, so wird durch **cap. dem.** aller Nexus zwischen dem aus der Adoptivfamilie Herausgetretenen und seinen ehemaligen Agnaten aufgelöst.

2) Da das Verhältniß zwischen dem Patrone und dem Freigelassenen sich im Wesentlichen als eine Nachbildung des Agnations-Verhältnisses herausstellt, so erklärt es sich von selbst, daß auch die patronatischen Rechte durch cap. dem. minima erlöschen müssen, mag dieselbe nun in der Person des Freigelassenen oder in der Person des Patronus vorkommen. In unsrem heutigen Rechte kann hiervon freilich keine Rede mehr sein.

3) Einen sehr wichtigen Einfluß äußert die cap. dem. minima auf die Obligations-Verhältnisse des deminutus. Was hier nämlich:

a) die Schulden desselben anbelangt, so gilt der eigenthümliche Grundsatz, daß dieselben durch jede cap. dem. minima jure civili erlöschen, Gai. III. 84, IV. 38. Doch sind hiervon die Deliktsschulden ausgenommen, l. 2. §. 3. h. t., und auch bei den übrigen erlöscht blos die Klage, so daß also immer eine naturalis obligatio zurückbleibt, l. 2. §. 2. h. t., und selbst diese zivile Erlöschung der Klage wird den Gläubigern durch eine ihnen eingeräumte in integrum restitutio unschädlich gemacht, s. unten §. 187. — Ob aber diese Grundsätze und die damit in unmittelbarem Zusammenhange stehende in integr. restitutio propter cap. deminutionem auch noch im Justinianischen Rechte Geltung haben, ist nicht unbestritten, und namentlich leugnet dies Burchardi Wiedereinf. in den vor. Stand S. 279 fgg. Er meint nämlich, für die Gläubiger des Emanzipirten sei jene Restitution schon durch das Prätorische Edikt selbst unnöthig geworden, l. 2. pr. quod cum eo (14, 5), was dann auch auf den in adoptionem datus angewendet worden sei, l. 2. §. 1. eod., und für die Gläubiger des arrogatus sei durch Justinian das Bedürfniß der Restitution beseitigt, §. 3. J. de adquis. per arrog. (3, 10), Theoph. ad h. l., und dies sei denn auch allgemeinen Grundsätzen nach auf die Legitimation auszudehnen. Man muß sich aber gewiß gegen diese Ansicht erklären; denn was die angef. Pandekten-Stelle anbelangt, so ist darin durchaus nur ausgesprochen, daß der, welcher aus der väterlichen Gewalt getreten ist, wegen Schulden, die während dieser Gewalt von ihm kontrahirt wurden, das s. g. beneficium competentiae haben solle. Damit verträgt es sich aber offenbar recht gut, daß die Gläubiger dann, wenn der Sohn durch eine capit. dem. aus der Gewalt trat, ein Klagerecht überhaupt nur auf dem Wege der Restitution erlangen können, und es ist also freilich unbegreiflich, wie Burchardi in jener Vorschrift eine stillschweigende Abschaffung dieser Restitution erblicken kann, wovon ihn schon hätte abhalten müssen, daß die römischen Juristen dieselbe an vielen Orten als durchaus praktisch darstellen. Eben

so wenig hat auch Justinian in der zitirten Institutionen-Stelle etwas Neues eingeführt, denn dort wird nur angedeutet, was von den Kreditoren des Arrogirten — natürlich, nachdem sie gegen den zivilen Untergang ihrer Forderungen restituirt sind — angegriffen werden könne, vgl. auch Schneider subsid. Klagen S. 305 fgg. — In der That ist es also keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die vorher dargestellte Wirkung der **capit. dem. min.**, und die darauf gegründete **in integr. restit. propter capit. deminut.** auch noch im neuesten Justinianischen Rechte vollkommen begründet ist.

b) Was die Forderungen anbelangt, so kann allerdings von einem Untergang derselben durch **cap. dem. minima** keine Rede sein. Erleidet nämlich ein **homo sui juris** eine **cap. deminutio**, so gehen bekanntlich die Klagerechte desselben — mit wenigen Ausnahmen — auf den **pater arrogator** oder **legitimans** über, vgl. auch **Gai. III. 83.** Trifft aber die **cap. deminutio** einen **homo alieni juris**, so kann wiederum von einem Untergange der Klagerechte keine Rede sein, weil bekanntlich der **filiusfamilias** der Regel nach gar keine solchen haben, und also natürlich auch durch **cap. deminutio** keine verlieren kann. Die wenigen Klagerechte aber, die ausnahmsweise auch einem **filiusfamilias** zustehen können, sind eben so beschaffen, daß auch die **cap. deminutio** auf sie keinen Einfluß äußern kann, vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 90 fgg., und zwar gehören dahin insbesondre diejenigen Obligationen, „**quae naturalem praestationem habere intelliguntur**", **l. 8. h. t.** Was hierunter zu verstehen sei, ist freilich sehr bestritten, vgl. z. B. Zimmern Rg. I. §. 229. Not 12, Burchardi, Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 266 fgg., Schneider subsid. Klagen S. 281 fgg., aber das Wahrscheinlichste ist doch gewiß, daß damit auf solche Obligationen hingedeutet werden soll, welche eine eigentliche Naturalverpflegung, eine unmittelbare Lebensversorgung zum Zweck haben, auf solche Rechte also, von denen auch Modestin in **l. 10. h. t.** sagt, daß sie „**in facto potius, quam in jure consistunt**", vgl. vorz. Savigny a. a. O. S. 104 fgg.

4) Endlich äußerte auch eine jede **cap. dem. minima** einen zerstörenden Einfluß auf den Usus fruktus und den Usus, *Gai.* **III.** 83, *Paul.* III. 6. §. 29, **Vat. fr.** §. 61, **l. 1. pr. §. 1. quib. mod. ususfr.** (7, 4), während für die Habitatio von jeher die **cap. deminutio** ohne Einfluß war, offenbar, weil die letztre ihrer ursprünglichen Idee nach gerade zu denjenigen Rechten gehörte, welche **naturalem praestationem habent**, vgl. Sav. a. a. O. S. 110 fgg. Aber auch für den Usus fruktus und

den Usus ist der Grundsatz des alten Rechts durch Justinian aufgehoben, l. 16. §. 2. C. de usufr. (3, 33), §. 1. J. de adqu. per arrog. (3, 10), so daß also im Justinianischen Rechte keine Personal-Servitut mehr durch cap. dem. minima zerstört wird.

D. Von Eigenschaften und Zuständen der Personen, welche auf ihren Rechtszustand von allgemeinerem Einfluß sind.

1) Eheliche und uneheliche Geburt. §. 35.

1) *Paul.* l. 5. de in jus voc. (2, 4): Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

2) *Idem.* l. 12. de statu homin. (1, 5): Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Vgl. l. 3. §. 12. de suis et legit. hered. (38, 16): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.

3) *Ulp.* l. 6. de his, qui sui vel al. jur. sunt (1, 6): Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

4) *Idem* l. 3. §. 11. de suis et legit. hered. (38, 16): Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

5) *Modestin.* l. 23. de statu homin.: Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt

quidem, sed eum habent, quem habere non licet, qui et spurii appellantur παρα τὴν σποράν. Vgl. §. 12. J. de nupt. (1, 10): Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam pater incertus est. Unde solent spurii appellari, vel a Graeca voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre liberi. (Cf. *Plutarch.* quaest. Rom. 103.).

2) Geschlecht. §. 36.

1) *Papinian.* l. 8. de statu homin.: In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.

2) *Ulp.* l. 10. eod.: Quaeritur, hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexum aestimandum, qui in eo praevalet.

3) Alter. §. 37.

Anm. Ueber die Altersstufen des römischen Rechts im Allgemeinen vgl. Gesterding, Nachforsch. Bd. II. Nr. 1, Zimmern Rg. I. §. 120. 121, Schilling, Lehrb. für Instit. und Geschichte II. §. 35, Savigny, Syst. III. S. 23 fgg., Boecking, Institut. I. §. 38.

Ueber die *infantia* insbes.: Unterholzner in der gesch. Zeitschr. I. 3. vgl. mit Erb in Heidelb. Jahrb. VIII. S. 664 fgg., Glück XXX. S. 432 fgg.

Ueber *infantiae* und *pubertati proximi:* Gensler im civ. Arch. IV. 18, Dirksen im Rhein. Mus. I. S. 316 fgg. (umgearbeitet in Dirksen's verm. Schriften I. S. 180 fgg.).

Ueber *minor aetas:* Savigny von dem Schutze der Minderjährigen im röm. Rechte und insbes. von der **lex Plaetoria.** Berl. 1833. 4. (später mit einigen Zusätzen abgedruckt in der gesch. Zeitschr. X. S. 232 fgg.).

Ueber *senectus:* Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

4) Körperliche und geistige Gesundheit. §. 38.

5) Stand und Gewerbe. §. 39.

6) Religion. §. 40.

Cod. I. 5. de haereticis et Manichaeis et Samaritis; l. 7. de apostatis; I. 9. de Judaeis et caelicolis; I. 11. de paganis. — Zimmern Rg. I.. §. 130., Savigny II. S. 231 fgg. Ueber das Rechtsverhältniß der Juden insbes. vgl. Gans in Zeitschr. für die Wissenschaft des Judenth. Berl. 1822. Heft I. Nro. 2. Heft II. Nro. 8, Bessel im Rhein. Mus. III. S. 443 fgg. — Eichhorn Einl. in das Privatr. §. 80 fgg., Maurenbrecher d. P. R. §. 135 fgg., Mittermaier Grundſ. des gem. d. Privatr. §. 116—119, Beseler Syſt. I. §. 64.

7) Herkunft und Wohnort. §. 41.

Dig. L. 1. ad municipalem et de incolis; Cod. X. 38. de municipibus et originariis; X. 39. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt. — Gesterding im civ. Arch. VII. S. 412 fgg., Kierulff Theorie I. S. 122 fgg., Savigny Syst. VIII. S. 39 fgg.

Dioclet. et *Maxim.* l. 7. C. de incol.: Cives quidem origo, manumissio, alectio vel adoptio, incolas vero, sicut et D. Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. Et in eodem loco singulos domicilium habere non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediet, peregrinari jam destitit. Vgl. l. 203. de V. S. verb.: Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.

8) Privatrechtliche Abhängigkeit oder Unabhängigkeit. §. 42.

Dig. I. 6. Inst. I. 8. de his, qui sui vel alieni juris

sunt. — Schroeter in der Gieß. Zeitschr. XIV. 6, Savigny Syst. II. S. 49 fgg.

Anm. Das *jus* im technischen Sinne des Worts bezieht sich auf die privatrechtliche Herrschaft über den Willen. Wenn nämlich Jemand auch sich selbst im Eigenthum hat, d. h. frei ist (§. 34. Anm.), so kann doch darneben sein Wille der privatrechtlichen Herrschaft eines Andren unterworfen, d. h. er kann **homo alieni juris** sein, woraus dann von selbst hervorgeht, daß er nicht seine eignen Zwecke, sondern die Zwecke seines Gewalthabers zu realisiren hat, also namentlich in Betreff des Vermögens, daß er Alles, was er erwirbt, für diesen erwerben muß. Den Gegensatz hiervon bilden die **homines sui juris**, d. h. diejenigen, welche selbst jene Herrschaft über sich haben, und also ihre eignen Zwecke realisiren können, und die demnach namentlich auch, was sie erwerben, für sich selbst erwerben. Es gab aber ehedem drei solcher **jura** oder privatrechtlicher Herrschaften über den Willen, die **potestas**, **manus** und das **mancipium**, *Gai.* **I.** 49, von denen aber die beiden letzten im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommen, und die erste ihren ursprünglichen Charakter durch das neuere Pekulienrecht sehr wesentlich verändert hat. Jetzt nämlich kann auch der **homo alieni juris**, d. h. heutzutage nur noch der **filius familias**, in den meisten Beziehungen für sich erwerben, und nur hauptsächlich noch in dem Nießbrauchsrechte des **paterfamilias** ist der alte Charakter des **jus** einiger Maaßen erkennbar.

---

9) Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Dig. XXXVIII. 10. de gradibus et affinibus et nominibus eorum; Inst. III. 6. de gradibus cognatorum. — Glück XXIII. §. 1209 fgg., Klenze die Kognaten und Affinen; in der gesch. Zeitschr. VI. 1, Göschen Vorles. I. §. 52—60, Schilling Lehrb. für Institut. und Rg. II. §. 39—43, Puchta Kurs. der Institut. II. S. 277 fgg., Boecking Institut. I. §. 49—55.

a) Von der Verwandtschaft überhaupt. §. 43.

Modestin. l. 4. §. 1. 2. h. t.: Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti pro-

genitive sint. (§. 2.). Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur; nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectentur; nonnunquam utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque jure consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur; civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen agnatio vocatur, videlicet, quae per mares contingit.

b) Von der mehrfachen Verwandtschaft insbesondre. §. 44.

Hugo in sein. civ. Magaz. IV. Nr. 7—16, Göschen Grundriß zu Pand. Vorles. S. 38 fgg., Vorles. §. 57, Fritz in der Gieß. Zeitschr. XV. 2.

c) Von der Schwägerschaft. §. 45.

Sell im civ. Arch. XXII. 9.

Modestin. l. 4. §. 3—5. h. t.: Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis. (§. 4.) Nomina vero eorum haec sunt: socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna. (§. 5.) Gradus autem affinitati nulli sunt.

10) Bürgerliche Ehre.

Dig. III. 2. de his, qui notantur infamia; Cod. II. 12. ex quibus causis infamia irrogatur; Cod. X. 57. de infamibus. — *Donell.* comment. jur. civ. XVIII. c. 6—8; *Selchow* selecta capita doctrinae de infamia. Gött. 1770. 4; Hagemeister in Hugo's civ. Magaz. III. Nr. 8; *Burchardi* de infamia ex

disciplina Romanor. Kil. 1819; Walter im neuen Arch. des Kriminalr. IV. Abh. 5 und 12; *Molitor* de minut. existim. Lovan. 1824, besonders aber Marezoll über die bürgerl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gieß. 1824. und Savigny Syst. II. S. 171 fgg. — Zimmern Rg. §. 127—130.

a) Vom Wesen der existimatio, und von der existimatio consumta et minuta im Allgemeinen.

§. 46.

Callistrat. l. 5. §. 1—3. de extraordinar. cognit. (50, 13): Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. (§. 2.) Minuitur existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti quum relegatur quis, vel quum ordine movetur, vel quum prohibetur honoribus publicis fungi, vel quum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel quum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. (§. 3.) Consumitur vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est, quum libertas adimitur, veluti quum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel quum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.

b) Von der infamia (der s. g. infamia juris).

α) Entstehungsgründe derselben. §. 47.

Julian. l. 1. h. t.: Praetoris verba dicunt: *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi*

suo nomine non contrario judicio damnatus erit; qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum mortuum eum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugerent, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. (Hiermit ist zu vergleichen tab. Heracl. lin. 108—141, und Vat. fragm. §. 320 und 21).

Anm. Was hier:

I. Die s. g. *infamia mediata* (**notatur, qui damnatus fuerit**) anbelangt, so tritt dieselbe in folgenden Fällen ein:

1) allgemein in Folge einer Verurtheilung **in judicio publico, l. 7. de public. judic.** (48, 1);

2) bei einigen **delicta extraordinaria**. Hier gilt nämlich zunächst die allgemeine Regel, daß dabei die Infamie dann eintrete, wenn auch eine infamirende Pönalklage hätte angestellt werden können, **l. 7. cit.** Dann aber werden auch einzeln als infamirend angeführt das ***crimen expilatae hereditatis*** und ***sepulchri violati*** allgemein, **l. 1. de sepulchro viol.** (47, 12), **l. 12. C. ex quib. caus. infam.**, die ***calumnia*** und ***praevaricatio*** aber nur dann, wenn dieselben bei Gelegenheit eines **publicum judicium** vorkommen, denn diese Schranke wird nicht nur im Prätorischen Edikt selbst angegeben, **l. 1. h. t.**, sondern auch noch besonders von Ulpian in **l. 4. de praevar.** (47, 15) hervorgehoben, vgl. auch **l. 6. §. 3. de decurionib.** (50, 2). (Wenn Marezoll a. a. O. S. 137 fgg. in den beiden letzten Fällen die Infamie daraus erklären will, weil der Verbrecher hier **in judicio publico** verurtheilt werde, so ist dieß eine gewiß unhaltbare Behauptung, die gegen den klaren Buchstaben der **l. 43. §. 11. de R. N.** (23, 2) verstößt, vgl. auch ***Paul.* rec. sent. l. 5. §. 2**). Wie es sich endlich noch mit dem Stellionat verhalte, ist bestritten, wegen zweier Stellen Ulpian's, die sich zu widerstreiten scheinen. In **l. 2. stellionat.** (47, 20) nämlich

heißt es: **stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet**; die l. 13. §. 8. h. t. aber lautet: **stellionatus infamiam irrogat, quamvis publicum non est judicium**. Die Meisten wollen diese Stellen dadurch vereinigen, daß sie bei dem Stellionat die Infamie nicht immer, sondern nach l. 7. de public. judic. nur in denjenigen Fällen eintreten lassen, in welchen auch eine infamirende *actio*, z. B. **doli**, **depositi** u. s. w. angestellt werden könnte, z. B. *Cujac.* obss. X. 26, *Donell.* XVIII. 8, Glück V. S. 192 fgg. Man muß aber gewiß richtiger mit Marezoll a. a. O. S. 135 fgg. das **famosum judicium** in l. 2. cit. für **publicum judicium** nehmen, so daß nun der Sinn der beiden Gesetze der ist: der Stellionat gehört zwar nicht zu den an sich der Regel nach infamirenden Verbrechen, also zu den **judicia publica**, sondern er wird **extra ordinem** gestraft (l. 2. cit.), allein er infamirt dennoch immer, l. 13. cit.

Wenn nun auch zu Justinian's Zeit der ursprüngliche Unterschied zwischen **delicta publica** und **extraordinaria** schon lange weggefallen war, indem bei allen Verbrechen **extra ordinem** prozedirt wurde, so blieben doch die an diesen Unterschied geknüpften Folgen auch in dieser spätern Zeit bestehen, und namentlich ist dieses also auch bei der Infamie der Fall, vgl. auch l. 8. de public. judic.

3) Bei einigen **delicta privata**, nämlich in Folge der actio *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarium* und *de dolo*, §. 2. J. de poen. temere litig. (4, 16), l. 1. 4. §. 5. h. t., l. 1. §. 4. de dol. m. (4, 3), l. 5. 8. C. h. t., ferner der actio *sepulchri violati*, l. 1. de sepulchro (47, 12) und der actio *contra mulierem, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est*, l. 15—17. h. t.

4) Bei den vier s. g. **contractus famosi**, dem Mandatum, der Sozietät, dem Depositum und der **tutela**, l. 1. h. t. Hierbei sind aber mehrere wichtige Schranken zu bemerken. Einmal nämlich tritt Infamie nur für denjenigen ein, welcher aus einem solchen Kontrakt mit der **actio directa** belangt wird, wie dies schon aus den Worten des Prätorischen Edikts hervorgeht, l. 1. h. t., vgl. auch. §. 2. J. de poena temere litig. (4, 16), und wofür Ulpian in l. 6. §. 7. h. t. den passenden Grund angibt, **quia in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo**, d. h. wie derselbe Ulpian in einer andren Stelle sagt, **non de fide rupta, sed de indemnitate ejus, qui officium suscepit**, l. 5. pr. depos. (16, 3). Eine Ausnahme tritt jedoch für die **actio mandati contraria** ein, wenn es sich einmal auch hierbei

ausnahmsweise um eine **fides rupta** handelt, **l. 6. §. 5. h. t.**; aus welcher Singularität aber unmöglich eine Regel gemacht werden kann, *Donell.* XVIII. c. 8. Eine andre wichtige Schranke hierbei ist aber nach der herrschenden Lehre, vgl. Glück V. S. 195, daß die Infamie nur dann eintrete, wenn die Verurtheilung wegen eines **dolus** des Beklagten erfolgte, weil ja immer eine **perfidia** vorausgesetzt werde, **l. 6. §. 7. h. t.** Dies bestreitet aber Marezoll a. a. O. S. 149 fgg. Bedenkt man jedoch, daß ein **dolus** hierbei schon immer dann anzunehmen ist, wenn der Beklagte, mit seiner Schuldigkeit bekannt, es bis zur Verurthetlung kommen ließ (woraus sich namentlich auch einfach erklärt, warum in dem Prätorischen Edikt dieses Requisit nicht besonders hervorgehoben wird), so möchte der ganze Streit sich mehr um Worte handeln, als die Sache selbst betreffen; vgl. auch *Donell.* cit.

5) Endlich tritt auch noch Infamie für den Vormund ein, welcher als **suspectus** von der Vormundschaft removirt wird. Hierbei wird jedoch **dolus** vorausgesetzt, in welcher Beziehung es jedoch von jeher streitig gewesen, und auch noch heut zu Tage streitig ist, ob auch die *culpa lata* dazu genüge? Namentlich sind, um nur zwei der neuesten Schriftsteller zu nennen, Guyet, Abh. No. 8, und Rudorff, das Recht der Vormundsch. Th. III. S. 198 fgg. (welcher übrigens Guyet's Abhandlung nicht zu kennen scheint) entgegengesetzter Meinung, indem der Erstere die Infamie in einem solchen Falle verneint, der Zweite sie zuläßt. Gewiß ist die erstere Meinung die richtigere, denn in allen hierher gehörigen Stellen wird immer nur der **dolus** genannt, und da sogar ausdrücklich hinzugefügt wird, **propter culpam** trete keine Infamie ein, vgl. besonders **§. 6. I. de suspect. tutor. (1, 26), l. 3. §. 18. D. eod. (26, 10), l. 9. C. eod. (5, 43)**, wegen einer **culpa levis** aber nach der wohl richtigeren Meinung überhaupt eine **remotio** nicht statthaft ist, **l. 7. §. 1. de suspect. tutorib.**, so versteht es sich, daß unter jenem **dolus** die **culpa lata** nicht mit verstanden sein kann. Die in mehreren Stellen ausgesprochene hinlänglich bekannte Gleichstellung beider, bezieht sich auch nur auf Obligationsverhältnisse, namentlich Schadensersatz, nicht aber auf öffentliche Strafen, wohin doch die Infamie jedenfalls gehört.

In diesen Fällen der s. g. **infamia mediata** ist es aber keineswegs nöthig, daß das richterliche Urtheil selbst auf Infamie erkenne, sondern es wird nur erfordert, daß die That durch richterliches Urtheil konstatirt sei. Vorausgesetzt wird jedoch 1) daß das Urtheil von dem kompetenten öffentlichen Richter, nicht etwa von

einem Schiedsrichter ausgehe, l. 13. §. 5. h. t.; 2) daß nicht blos beiläufig, sondern hauptsächlich und nach vorgängiger causae cognitio die richterliche Sentenz das Schuldig ausspreche, l. 13. §. 6. D., l. 17. C. h. t.; 3) daß Jemand selbst, und zwar *suo non alieno nomine* verurtheilt werde, l. 1, l. 6. §. 2 und 6. h. t., l. 2. pr. de obsequiis parentib. praest. (37, 15), endlich 4) daß das Urtheil rechtskräftig geworden sei, so daß, wenn auch in höherer Instanz das frühere Urtheil bestätigt wird, die Infamie doch erst von dem letzten Urtheil anfängt, l. 6. §. 1. h. t.

Wohl zu bemerken ist aber hier auch noch, daß zwar nicht allgemein, wie Manche irrig annehmen, aber doch in einigen Fällen, nämlich bei dem furtum, der rapina, der injuria und actio doli, das ohne Vermittlung der Obrigkeit geschehene Loskaufen mit Geld oder Geldeswerth der wirklichen Verurtheilung gleich steht. Dies wird aber durchaus blos von jenen vier Fällen in unserm Gesetze gesagt, l. 1, l. 4. §. 5, l. 6. §. 3. h. t., l. 18. C. eod., und die contractus famosi sind noch namentlich ausgeschlossen, l. 7. h. t. §. 2. J. de poena temere litigant. (4, 16), vgl. *Gai.* IV. 182. Für Vergleiche bei Verbrechen mit öffentlicher Strafe gelten eigenthümliche, hier zu übergehende, Grundsätze.

II. Was die Fälle der s. g. *infamia mediata* (notatur, qui fecerit) anbelangt, so sind dies regelmäßig solche, die sich entweder gar nicht zu einer accusatio oder actio eignen, so daß also ein Urtheil dabei gar nicht vorkommen kann, oder die notorisch sind, und eines Urtheils gar nicht bedürfen. Doch aber hat der Begriff insofern auch juristische Realität, daß, wenn auch einmal in einem zur unmittelbaren Infamie gehörenden Falle ein Urtheil zur Konstatirung der That nöthig ist, die Folgen der Infamie doch nicht von diesem, sondern von der That an eintreten müssen, vgl. auch l. 43. §. 12. de R. N. (23, 2). Was nun aber die einzelnen Fälle der infamia immediata anbelangt, so sind dies mit Ausnahme einiger Fälle, deren Voraussetzungen bei uns durchaus weggefallen sind, vgl. l. 8. C. de offic. rector. provinc. (1, 40), l. 35. C. de loc. et cond. (4, 65), l. 1. C. de naturalib. liberis (5, 27), l. un. C. ad leg. Viselliam (9, 21), l. 15. C. de appell. et consult. (7, 62), l. 31, l. 33. C. de decurionib. (10, 31), l. un. C. de stud. liberal. urb. Romae et Constant. (11, 18); Auth. Frid. I. Habita C. ne fil. pro patre (4, 13); Auth. Frid. II. Gazaros C. de Haeret. et Manich. (1, 5), im Wesentlichen folgende:

1) Soldaten, welche ignominiae causa aus dem Dienst

entlassen sind, l. 1, l. 2. pr. §. 1—4. h. t., l. 3. C. de re militari (12, 36);

2) die Großjährigen, welche als Schauspieler öffentlich aufgetreten sind, l. 1, l. 2. §. 5, l. 3, l. 4. pr. §. 1. h. t., l. 1. §. 6. de postul. (3, 1), l. 21. C. h. t.;

3) qui lenocinium fecerint, wobei an die patentisirten Bordellhalter zu denken ist, denn die ex lege Julia de adulteriis verurtheilten lenones unterliegen als in judicio publico damnati der infamia mediata, l. 1, l. 4. §. 2 und 3. h. t., vgl. l. 43. §. 6—9. de R. N. (23, 2);

4) qui corpore suo muliebria passi sunt, l. 1. §. 6. de postulando (3, 1), vgl. mit l. 31. C. ad leg. Jul. de adulter. (9, 9);

5) öffentliche Huren, l. 24. h. t., l. 41, l. 43. pr. §. 1—5. de R. N.; vgl. jedoch auch Marezoll S. 181 fgg.;

6) im Ehebruch ertappte Ehebrecherinnen, l. 43. §. 12. 13. de R. N.;

7) wer gleichzeitig in zwei Ehen, oder zwei Sponsalien, oder in einer Ehe und in einem Verlöbniß lebt, sowie der Hausvater, welcher für sein Hauskind eine solche zweite Ehe oder ein zweites Verlöbniß abschließt, oder welcher auch nur ein solches Verhältniß seines Hauskindes duldet, nicht aber auch das Hauskind, welches auf Geheiß seines Vaters in ein solches Verhältniß eintritt; l. 1. i. f., l. 13. §. 1—4. h. t., l. 2. C. de incest. nupt. (5, 5), l. 18. C. ad leg. Jul. de adulter. (9, 9). Selbst dann tritt hier die Infamie ein, wenn auch die zweite Ehe oder das zweite Verlöbniß schon für sich betrachtet nichtig wäre, und hierauf bezieht sich l. 13. §. 4. h. t., woraus man also nicht mit Manchen, z. B. Mühlenbruch, Lehrb. §. 189. bei Note 21, eine eigne Infamie dessen ableiten darf, „welcher sich wissentlich mit einer Frau, die er nicht heirathen darf, verheirathet oder verlobt".

8) Die Wittwe, welche vor Ablauf des Trauerjahrs wieder heirathet; der Mann, welcher wissentlich eine solche Wittwe zur Frau nimmt, und der Hausvater, welcher eine solche Ehe seines Hauskindes befiehlt, oder doch deren Eingehung geschehen läßt; das Hauskind selbst, welches auf Befehl seines Vaters eine solche Ehe schließt, bleibt von der Infamie verschont, l. 1, l. 8—12, l. 13. pr. h. t., l. 15. C. h. t., l. 1. C. de secund. nupt. (5, 9). (Die mancherlei Schwierigkeiten, welche unsre Quellen über diesen Punkt darbieten, sind vortrefflich besprochen worden in der lichtvollen Darstellung Savigny's a. a. O. Beil. VII. S. 531 fgg.). Diese Infamie ist aber durch das Kanonische Recht aufgehoben,

c. 7. C. 11. qu. 3. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4, 21). — Die Strafen des verletzten Trauerjahrs und namentlich die Infamie, treffen aber auch die Wittwe, welche innerhalb der Trauerzeit außerehelich konkumbirt, **Nov. 39. c. 2.** (aus welchem, freilich schlecht konzipirten Gesetze, der Absicht des Gesetzgebers nach, unmöglich mit Marezoll S. 188—189. gefolgert werden kann, daß jene Strafe nur dann Platz greife, wenn die Frau innerhalb des Trauerjahrs, aber nach Ablauf von 10 Monaten, wirklich geboren habe), so wie auch diejenige, welche als Vormünderin ihrer Kinder zu einer zweiten Ehe schreitet, ehe sie Rechnung abgelegt hat, **Nov. 22. c. 40.** und auf diese Fälle hat natürlich die obige Bestimmung des Kanonisches Rechtes keinen Einfluß.

9) Der Vormund, welcher sich selbst oder seinen Sohn mit der Mündel verheirathet, ehe dieselbe majorenn geworden, und die Zeit abgelaufen ist, innerhalb deren sie sich wegen Minderjährigkeit restituiren lassen kann, **l. 66. pr. de R. N.** (23, 2), **l. 7. C. de interd. matrim.** (5, 6). Ob auch der Sohn selbst, der auf Geheiß seines Vaters eine solche Ehe schließt, infam werde, ist streitig, und die Analogie andrer Fälle streitet dagegen (**nr.** 7. und 8), aber doch muß man es wohl nach **l. 66. cit.** behaupten, indem die Auslegung der Worte: **quo facto uterque infamatur,** die z. B. Glück V. S. 175. Not. und Marezoll S. 159 fgg. geben, wornach das **uterque** auf den Tutor und Kurator gehen soll, gewiß nicht gebilligt werden kann;

10) Zinswuchrer, so wie die, welche sich eines Anatozismus schuldig machen, **l. 20. C. h. t**;

11) Großjährige, welche beschworne „**pacta vel transactiones**" brechen, **l. 41. C. de transact.** (2, 4), eine Bestimmung, die doch wohl dem regelmäßigen römischen Sprachgebrauch nach auf Vergleiche zu beschränken ist, vgl. auch Marezoll S. 201;

12) in Konkurs gerathene Schuldner, sofern sie sich nicht des **beneficium cessionis** bedienen, **l. 11. C. h. t.**, **l. 8. C. qui bon. cedere possunt** (7, 71), vgl. *Gai.* **II.** 154. und *Dirksen* **observat. ad tab. Heracl. Berol.** 1817. **pag.** 101 **sqq.**;

13) wer, ohne Abolition erlangt zu haben, eine angefangene Kriminalklage fallen läßt, **l. 6. §. 3. de decurionib. et filiis eor.** (50, 2), **l. 1. C. ut intra certum temp.** (9, 44), **l. 2. C. ad SC. Turpill.** (9, 45);

14) wer sich einer Kriminalanklage nicht stellt, und es zu einer öffentlichen Ladung durch ein s. g. **programma criminale** kommen läßt, **l. 3. C. de requir. reis.** (9, 40);

15) die Söhne von **perduelles**, **l. 5. §. 1. C. ad leg. Jul.**

majest. (9, 8). Auf die Töchter ist dies gewiß nicht auszudehnen, vgl. §. 3. eod., wohl aber soll dies auch eintreten bei den Söhnen der Mitwisser und Gehilfen, §. 6. eod.;

16) der Richter, welcher bestochen oder aus Partheilichkeit ein widerrechtliches Urtheil fällt, l. 2. C. de poena judicis (7, 49), welcher mit Untersuchungs-Gefangenen grausam verfährt, oder eine solche Grausamkeit anderer Offizianten ungeahndet läßt, l. 1. C. de custod. reor. (9, 4), und welcher ein begangenes crimen vis unbestraft läßt, oder mit einer zu milden Strafe belegt, l. 8. §. 1. C. ad leg. Jul. de vi publ. v. priv. (9, 12);

17) der Advokat, welcher sich bei Führung eines Prozesses unnöthiger Injurien schuldig macht, l. 6. §. 1. C. de postul.;

18) wer bei einer Appellation den Richter injuriirt, l. 42. de injur. (47, 20), so wie der, welcher eine vom Unterrichter verworfene Appellation dennoch durchführt, aber den Prozeß verliert, l. 19. C. de appell. (7, 62);

19) wer individuelle Verfügungen des Regenten arglistig interpretirt, oder sich dabei einer Erschleichung schuldig macht, l. 2. C. de legib. et constit. (1, 14);

20) wer in einzelnen vom Gesetz hervorgehobenen Fällen auf unerlaubte Weise bei dem Regenten supplizirt, vgl. l. un. C. de senatuscons. (1, 16), l. 3. C. ut lite pendente (1, 21), l. 5. §. 2. C. ad leg. Jul. majest. (9, 8). (In den andern von Marezoll S. 196. Not. 1. noch hierher gezogenen Fällen, nämlich l. 3. C. de precib. imperatori offerend. (1, 19), und l. 10. C. de judic. (3, 1) ist zwar die Supplik verboten, aber keine Infamie gedroht);

21) wer sich eines ambitus in Beziehung auf die Bischoffswürde schuldig macht, l. 31. fin. C. de episc. et cler. (1, 4);

22) wer zum Ackerbau bestimmte Thiere oder Geräthschaften beschädigt oder wegnimmt, Auth. Frid. II. Agricultores C. quae res pignori (8, 17);

23) wer sich einer Blutschande schuldig macht, c. 4. C. III. qu. 4; c. 2. C. XXXV. qu. 2. und 3;

24) Notare und Richter, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldzession aufsetzen, R. A. v. 1551. §. 80;

25) muthwillige Bankerottirer, R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2, R. A. v. 1670. §. 10.

β) Wirkungen der Infamie. §. 48.

Vgl. Marezoll S. 205 fgg., Savigny a. a. O. S. 188 fgg.

γ) Aufhebung derselben. §. 49.

Vgl. Marezoll S. 260 fgg.

c) Von der vitae turpitudo (der s. g. infamia facti). §. 50.

Vgl. *Schomburg* de turpitudine s. infamia facti. Cass. 1840.

d) Von den levis nota. §. 51.

e) Von der heutigen Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze. §. 52.

Anm. Die Ansichten hierüber sind außerordentlich verschieden: man vgl. z. B. Eichhorn, Einl. in das d. P. R. §. 87, Mittermaier, Grunds. des deutsch. Privatr. §. 101, Beseler, Syst. des deutsch. Privatr. I. §. 62. auf der einen, Marezoll S. 341 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 146 fgg. u. A. m. auf der andern Seite. Merkwürdiger Weise hat bei diesem Streite der gewiß irrelevante Art. 104. der P. G. O. von Carl V. eine Rolle gespielt, wo folgende Worte vorkommen: „Aber sonderlich ist zu merken, in was sachen oder denselben gleichen unser Kaiserlich recht keinerlei peinlicher Straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oder verhangen, daß richter und urtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen". Am Weitesten geht jetzt Savigny a. a. O. S. 224 fgg., indem er der gesammten römisch-rechtlichen Lehre von der **infamia** (der s. g. **infamia juris**), gegen bestimmte Reichsgesetze — die bekanntlich nicht nur einzelne neue Fälle der **infamia** einführten, sondern auch die Wirkungen derselben noch erweiterten — und gegen die konstante deutsche Praxis und Doktrin, alle und jede Geltung im gemeinen deutschen Rechte abspricht! Läßt man sich nicht durch den uns jetzt freilich etwas hart klingenden Namen: Infamie und die unpassende Verdeutschung: Ehrlosigkeit abschrecken, sondern hält sich rein an die Wirkungen, die das neueste römische Recht mit seiner **infamia** verknüpft, Wirkungen, die weder so bedeutend sind, wie der harte Namen vermuthen lassen könnte, noch so unbedeutend, wie sie jetzt

Savigny darzustellen sucht: so dürfte sich schwerlich ein genügender innerer Grund auffinden lassen, diesen Theil des Justinianischen Rechts für weniger praktisch zu halten, als irgend einen andren, und an äußeren Gründen für eine solche Behauptung fehlt es meines Wissens gänzlich. Doch fehlt es schon jetzt nicht an Vertheidigern der Savigny'schen Ansicht, vgl. z. B. Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 621 fgg., Puchta, Lehrb. §. 120, Sintenis das prakt. gem. Zivilr. I. S. 101. Not. u. A. m.

III. Von s. g. juristischen oder moralischen Personen.

Dirksen histor. Bem. über den Zustand der jur. Pers. nach röm. Rechte (in dessen ziv. Abh. II. 1.), Kierulff, Theorie I. S. 129 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslex. III. S. 65 fgg., Savigny Syst. II. S. 235 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 15. S. 103 fgg., Pfeifer die Lehre von den jurist. Personen. Tüb. 1847, Beseler Syst. I. S. 349 fgg.

A. Begriff und Arten der juristischen Person im Allgemeinen. §. 53.

Anm. Ueber die Fälle, in welchen man nach gemeinem Rechte eine juristische Persönlichkeit annehmen dürfe, wird h. z. T. viel gestritten. M. E. gehören zu den wahren juristischen Personen außer der *hereditas jacens* (vgl. darüber Bd. II. §. 394.) nur die *universitates* (§. 54 fgg.) und viele Arten von Stiftungen (§. 60.), und wenn man außer diesen noch viele andre hat statuiren wollen, vgl. bes. Heise, Grundr. Bd. I. §. 98. Not. 15. und Boecking, Institut. I. §. 62, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen. So wollen namentlich die genannten Schriftsteller auch Grundstücke als juristische Personen betrachten, weil sie in den Quellen als Rechtssubjekte für Realservituten aufgeführt würden, und in der That läßt sich eine solche personifizirende Redeweise unsrer Gesetze nicht in Abrede stellen, vgl. z. B. l. 12. de servit. (8, 1): „fundo servitus acquiritur", l. 31. de serv. praed. rust. (8, 3): „fundus id jus aquae amisit" und viele andre mehr; aber offenbar soll damit nur angedeutet werden, daß durch die Servitut einem Bedürfnisse des Grundstücks abgeholfen werden soll, und das Servitutenrecht so mit dem Grundstücke verbunden ist, daß mit dem

Erwerbe des letztren immer auch das erstre erworben wird, während doch natürlich der eigentlich Berechtigte nicht das Grundstück, sondern der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks ist, welcher eben deßhalb über solche Servituten auch gerade so, wie über andre beliebige Vermögenstheile, frei verfügen darf, vgl. auch Mühlenbruch Beurth. der Städel'schen Beerbungsf. S. 164. Not. 115, Fritz Erl. zu Wening I. S. 150 fgg., Kierulff Theorie I. S. 130. Not., Savigny Syst. II. S. 379 fgg., Sintenis Zivilr. I. §. 15. Not. 10. — Außerdem wollen Heise und Boecking a. d. aa. OO. auch noch in den jeweiligen Inhabern der Staatsgewalt oder eines Staatsamts insofern eine juristische Persönlichkeit annehmen, als hier das Substrat derselben eine successive Mehrheit physischer Personen, und der jeweilige Regent oder Beamte also nur der zeitige Träger derselben sei, vgl. auch Hasse im ziv. Arch. V. S. 67, Mühlenbruch Lehrb. §. 196. 199, Göschen Vorl. I. §. 62, Schilling Institut. II. §. 46. So wahr es nun auch ist, daß man im Leben oft den Regenten oder Beamten von dem Menschen unterscheidet (z. B. „der König stirbt nicht"), und daß man wohl auch die Krone oder das Amt personifizirt (z. B. „Rechte der Krone"), so kann uns doch dieser Redegebrauch gewiß nicht zur Annahme einer besondren juristischen Persönlichkeit berechtigen, indem es sich hier im Wesentlichen nicht anders, wie bei der angeblichen Persönlichkeit der Grundstücke verhält. Offenbar ist nämlich auch in diesen Verhältnissen immer nur eine physische Person — der einzelne Regent oder Beamte — der wirklich Berechtigte oder Verpflichtete, und wenn sie dies deßhalb ist, weil sie eine besondre Würde oder ein besondres Amt inne hat, so darf doch darum diese Würde oder dieses Amt noch nicht zu einer besondren Rechtssubjektivität gestempelt werden, und wie z. B. Niemand daran denkt, bei einem Vasallen eine besondre juristische Persönlichkeit zu statuiren, obwohl doch auch hier an die Inhabung des Lehnguts ein Komplex besondrer Rechte und Verbindlichkeiten angeknüpft ist, so sollte man eben so wenig bei dem Regenten oder dem Beamten an eine besondre juristische Persönlichkeit denken. Daß auch die Entscheidung der l. 56. de legat. II. vgl. mit l. 57. cod. einen solchen Gedanken nicht rechtfertigen kann, versteht sich doch wohl von selbst, indem darin nichts als eine sehr natürliche Interpretation einer letztwilligen Verfügung enthalten ist. Vgl. auch Fritz a. a. O. S. 151 fgg., Kierulff I. S. 130. Not., Savigny II. S. 237. vgl. mit S. 376 und S. 379 fgg., Puchta Lehrb. §. 27. Not. 1, Sintenis Zivilr. I. §. 15. Not. 7, Pfeiffer a. a. O. S. 19 fgg. Wenn freilich ein Staatsamt von Mehreren zusammen kollegialisch verwaltet wird,

so muß man publizistisch allerdings eine besondre juristische Person statuiren, vgl. auch l. 25. ad municip. (50, 1):

Ulp. „Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent",

cf. l. 76. de judic. (5, 1), Nov. 134. c. 6, aber dies hat privatrechtlich gar keine Bedeutung, und namentlich würde die Zusammenstellung solcher Beamten-Kollegien mit eigentlichen universitates ganz unpassend und verwirrend sein, vgl. auch Savigny II. S. 237. — Wenn endlich noch oft der Fiskus als eine besondre juristische Person aufgeführt wird, so kann zwar gewiß die juristische Persönlichkeit desselben nicht in Abrede gestellt werden, vgl. nur z. B. den tit. Dig. de jure fisci, aber offenbar ist doch der Fiskus nichts anderes, als der Staat selbst, von seiner vermögensrechtlichen Seite betrachtet, also nichts anderes, als eine universitas, und die Annahme einer von den universitates verschiedenen, besondren Persönlichkeit ist daher überflüssig.

B. Von universitates.

1) Im Allgemeinen.

Dig. III. 4. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eum agatur. — Außer den oben Angeff. s. auch noch *Gaudlitz* (Haubold) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. (in Haub. opusc. vol. II.); *Zachariae* liber quaestionum qu. 10., Weiske über Korporationen nach röm. u. deutschen Rechtsbegriffen. Leipz. 1847 (auch als 3. Heft der prakt. Unters.). — Ueber die Genossenschaften und die jurist. Persönlichkeit derselben s. Beseler Volksr. S. 158 fgg., Thöl Volksr. S. 18 fgg., Schüler in Ortloff's u. s. w. jurist. Abh. I. Nr. 5 u. 6.

a) Begriff und Wesen derselben. §. 54.

1) *Gaius* l. 1. pr. §. 1. h. t.: Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel auri fodinarum

vel argenti fodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est — — —. (§. 1.). Quibus autem permissum est, corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum Reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

2) *Marcian* l. 6. §. 1. de rer. divis. (1, 8): Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri Divi Fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. Cf. l. 1. §. 7. de quaestionib. (48, 18).

3) *Ulp.* l. 7. §. 2. h. t.: Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent. Cf. l. 1. §. 15. ad SC. Trebell. (36, 1).

Anm. Das leitende Prinzip in der Lehre von den **universitates** ist, daß die Rechtsverhältnisse der **universitas** durchaus zu trennen sind von den Rechtsverhältnissen der einzelnen Glieder. So können also die einzelnen Glieder mit ihren Gemeinden in alle möglichen Rechtsverhältnisse treten, und die Rechtsverhältnisse dieser letztern berühren die Einzelnen gar nicht. Namentlich also gehört das Eigenthum der Gemeinden nicht auch zum entsprechenden Theil den Einzelnen, sondern diese haben als physische Personen daran gar keinen Antheil (T. 2). Wahrhaft unbegreiflich ist es demnach, wie z. B. Konopack, die Institutionen des röm. Privatr. §. 206. sagen kann: „Das Eigenthumsrecht an einer Sache kann entweder einer physischen oder einer moralischen Person zustehen; im erstren Falle nennt man es Alleineigenthum, im andern Miteigenthum". Vielmehr unterscheidet sich das Miteigenthum auf das Bestimmteste von dem Eigenthum, welches einer moralischen Person zusteht, indem ja das Erstere gerade darin besteht, daß Mehrere zu ideellen Theilen Eigenthümer einer Sache sind. Einzelne Anwendungen dieses höchst wichtigen Unterschieds sind z. B.: 1) Dispositionen

über Gemeindesachen können nach allgemeinen Regeln blos, aber auch stets durch einen Gemeindebeschluß getroffen werden, also durch den Willen der Majorität. Bei einer **res communis** muß aber scharf eine Disposition über einen einzelnen Theil von der über das Ganze geschieden werden. Die erstre nämlich steht jedem Einzelnen für eine entsprechende Rate zu, und er kann darüber frei verfügen, sie veräußern, verpfänden u. dgl., l. 1. C. comm. divid. (3, 37), l. 3. C. de comm. rer. alienat. (4, 52), während umgekehrt Dispositionen über das Ganze durchaus nur von Allen einstimmig gemacht werden können, so daß der Widerspruch eines Einzelnen stärker ist, als der vereinigte Wille aller Uebrigen l. 28. comm. divid. (10, 3), l. 10. pr. de aqua (39, 3), l. 1. 4. C. de comm. rer. alienat. So konnte also z. B. der Sklave einer Gemeinheit ungeachtet des Widerspruchs der Minorität giltig manumittirt werden; er wurde aber dadurch durchaus nicht Freigelassener der einzelnen Mitglieder, sondern nur der **universitas** selbst, und war also namentlich auch den einzelnen Mitgliedern durchaus keine Rücksicht, z. B. bei der in **jus vocatio** schuldig, T. 1. und l. 10. §. 4. de in jus voc. (2, 4). Ganz anders dagegen verhält sich dies bei einem **servus communis**; verweigerte hier einer der **codomini** seine Einwilligung zur Freilassung, so konnte der Sklave durch Freilassung von Seiten der Uebrigen nie frei werden, *Ulp.* l. 18. *Paul.* IV. 12. 1. *fragm. Dosith.* §. 12. (was freilich von Justinian modifizirt wurde, l. 1. C. de comm. servo manum. (7, 7), §. 4. J. de donat. (2, 7)); würde er aber von allen **codomini** zusammen frei gelassen, so waren auch alle Einzelnen seine Patrone, und Jeder derselben hatte auf die patronatischen Gerechtsame Anspruch, *Gai.* III. 59. sqq., *Ulp.* XXVII. §. 2 sqq., l. 3. §. 7. de legit. tutor. (26, 4), l. 32. §. 1. de bon. libert. (38, 2). — 2). Im Falle einer **communio** kann jeder einzelne Theilnehmer auf Auflösung der Gemeinschaft, also darauf antragen, daß der ihm gebührende ideelle Antheil in einen reellen verwandelt werde, l. 5. C. comm. divid. (3, 37). Bei den **universitates** kann zwar der Einzelne austreten, ohne jedoch im Mindesten verlangen zu können, daß ihm ein entsprechender Antheil des Gemeindevermögens überantwortet werde. — 3) Wenn Jemand ein Grundstück im alleinigen, ein andres im Miteigenthum hat, so kann durchaus keine **actio finium regundorum** angestellt werden, l. 4. §. 7. fin. regund. (10, 1), während dieser Klage nichts im Wege steht, wenn mein Grundstück an ein Grundstück meiner Gemeinde grenzt, und die Grenzen verwirrt sind. Im erstren Falle nämlich würde Jemand zugleich Kläger und Verklagter sein, was sich aber im zweiten ganz anders verhält, da die einzelnen

Glieder einer Gemeinde und die Gemeinde selbst ganz verschiedene Personen sind. — 4) Wenn Jemand ein Grundstück im alleinigen, ein andres im Miteigenthum hat, so kann dem erstren nie eine Servitut gegen das letztere erworben werden, l. 8. §. 1. fin. de serv. (8, 1). Dagegen kann mein Acker an einem Gemeindegrundstück ohne allen Anstand Servituten erwerben, u. dgl. m. Vgl. überhaupt außer der angef. Abh. von Gaudlitz auch noch Volley, vermischte Aufsätze, Nro. 10, Pfeifer a. a. O. S. 56 fgg.; s. auch Braun's Erörtr. zu Thib. S. 231 fgg.

---

b) Vom Willen und der Handlungsfähigkeit der universitates. §. 55.

Kori in seinen u. Langenn's Erörtr. II. 1, Kierulff Theorie I. S. 138 fgg., Savigny Syst. II. S. 324 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 117 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 91. fgg.

1) *Scaevola* l. 19. ad municipalem (50, 1): Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. Cf. *Ulp.* l. 160. §. 1. de R. J.: Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.

2) *Paul.* l. 1. §. ult. de adquir. poss. (41, 2): Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt [cf. l. un. §. 1. de libertis universit. (38, 3) verb.: movet enim, quod consentire non possunt]. — *Ulp.* l. 2. eod.: Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque iis et per servum et per liberam personam acquiratur. Vgl. Warnkönig im ziv. Arch. XX. S. 412 fgg., Savigny Syst. II. S. 290 fgg., Sintenis Zivilr. I. S. 122 fgg. Not.

3) *Ulp.* l. 15. §. 1. de dolo malo (4, 3): Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari, quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. — Cf. *Ulp.* l. 9. §. 1. quod met. causa (4, 2): Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic Edicto locus erit.

Anm. Es ist ein noch immer nicht geschlichteter Streit, ob eine **universitas** als solche ein Verbrechen begehen könne, oder ob nur die einzelnen Theilnehmer als die Thäter zu betrachten seien? Die bei Weitem meisten Kriminalisten sind für das Letztere, vgl. z. B. die Lehrbücher von Feuerbach §. 28, Grolmann §. 30. 57. 143, Martin §. 38, Roßhirt §. 99, Wächter I. §. 75, das Handbuch von Henke I. S. 383 fgg., u. A. m. während die meisten Zivilisten sich für das Erstere erklären, vgl. auch z. B. *Sintenis*, de delictis et poenis universitatum. Servestae 1825, Ders. prakt. Zivilr. I. S. 123 fgg. Not. und die Lehrbücher von Wening §. 67, Mühlenbruch §. 197, Thibaut §. 221. (der sich jedoch in der 8ten Ausg. §. 132. sehr zweifelnd ausdrückt: „nach der Meinung Vieler"), das Handb. von Schweppe I. S. 181. u. A. m. Wirklich scheint auch die Möglichkeit, daß eine Gemeinde ein Verbrechen begehen könne, nicht abgeleugnet werden zu können, da sie einen Willen, und auch die Fähigkeit hat, äußerlich wirksam zu sein. Doch aber muß man sich wohl dagegen erklären, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil die moralische Person ihrem Wesen nach nur eine juristische Fiktion ist, und nur so weit eigne Persönlichkeit und eignen Willen hat, als diese Fiktion geht, was von selbst zu dem Satze führt, daß das Verbrechen, weil die Begehung desselben nicht innerhalb des der moralischen Person vorgesteckten Zwecks liegt, nicht von der moralischen Person, sondern nur von den einzelnen dabei thätigen physischen Personen ausgeht. Dies erkennen auch die Gesetze an. In l. 15. §. 1. de dolo malo (T. 3) fragt Ulpian, ob die actio de dolo auch gegen ein Munizipium angestellt werden könne? und er verneint dies: *quid enim municipes dolo facere possunt?* Nur müßten sie natürlich das herausgeben, was durch den dolus ihrer Geschäftsführer auf sie gekommen wäre, und nur das Letztere gestattet auch Pomponius in l. 4. de vi (43, 16). Hiergegen spricht auch nicht die oben abgedruckte l. 9. §. 1. quod met c., denn daß hier Ulpian den populus, die curia u. s. w. nicht als moralische Person, also als Einheit betrachtet, geht schon aus dem Gegensatze: **persona singularis** hervor, und es wird also nur in dieser Stelle der Satz aufgestellt, den auch Niemand bezweifelt, daß mehrere Personen, die zufällig in einem Kollegium u. dgl. vereinigt sind, eben so gut delinquiren können, als ein Einzelner; vgl. auch cap. 5. de sent. excomm. in 6to (5, 11). Zwar kennt die Geschichte allerdings Beispiele, daß Gemeinheiten als solche bestraft sind, und selbst einige gesetzliche Vorschriften finden sich hierüber, vgl. Auth. *item nulla* und Auth. *item quaecunque* C. de episc. et cleric. (1, 3), aber man kann hierbei keine

Handlungen der Justiz, sondern nur politische Regentenhandlungen erkennen. Vgl. auch *Lauenstein* **de universitate non delinquente. Goett.** 1840, Puchta in Weiske's Rechtsler. III. S. 71, Savigny Syst. II. S. 310 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 101 fgg.

---

c) Von der Aufhebung derselben. §. 56.

Kierulff Theorie I. S. 141 fgg., Puchta in Weiske's Rechtsler. III. S. 72 fgg., Savigny Syst. II. S. 279 fgg., Sintenis Zivilr. I. S. 112 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 113 fgg.

Anm. Ueber das Schicksal des Vermögens nach geschehener Aufhebung vgl. Marezoll in v. Löhr's Magaz. Bd. IV. S. 207 fgg. und Fritz, Erläutr. zu Wening S. 159 fgg. Die oft hierher gezogene Stelle Marcian's in **l. 3. pr. de colleg. et corpor.** (47, 22): **Collegia si qua fuerint illicita mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur; sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri**, darf übrigens in keinem Falle hierher gezogen werden, da sie nur von **collegiis** ***illicitis***, also gar nicht von moralischen Personen spricht.

---

d) Von den Vorstehern einer universitas. §. 57.

2) Von einigen besondern Arten von universitates.

a) Vom Fiskus. §. 58.

Dig. XLIX. 14. Cod. X. 1. de jure fisci. — ***Peregrini***, de jurib. et privileg. fisci. Montisb. 1619. 12. Col. Agr. 1663. 4. — *Leyser*, meditt. ad Pand. spec. 657 und 58.

b) Von den Städten. §. 59.

Dig. 4. 8. de administratione rerum ad civitatem pertinent. Cod. XI. 59. de jure reipublicae.

c) Von den pia corpora. §. 60.

Cod. I. 3. de episcop. et clericis et orphanotrophis et

xenodochis rel. — Hierher gehören die zahlreichen Schriften über den berühmten Städel'schen Prozeß, unter denen besonders hervorzuheben sind Elvers theor. prakt. Erörtr. aus d. Lehre v. d. testam. Erbfähigk. insbes. jurist. Personen. Gött. 1827 u. Mühlenbruch Beurtheil. d. Städelschen Beerbungsfalls. Halle 1828. Vgl. auch Zimmern in Schunck's Jahrbb. VII. S. 253 fgg., Northoff d. Giltigk. d. Erbeinf. einer zu errichtenden milden Stiftung. Gött. 1833, Kierulff Theorie I. S. 146 fgg., Mühlenbr. Forts. d. Glück'schen Komm. XL. S. 1 fgg., Savigny Syst. II. S. 262 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 122 fgg.

Anm. Es ist in unsren Tagen — namentlich auf Veranlassung des Städel'schen Prozesses — mehrfach behauptet worden, daß unsrem gemeinen Rechte eine selbstständige Persönlichkeit der Stiftungen ganz fremd sei. Nach römischem Rechte sowohl, vgl. z. B. l. 24. 49. **C. h. t.**, als nach kanonischem, vgl. z. B. c. 11. 17. X. **de testam.** (3, 26) walte vielmehr überall der Gesichtspunkt, daß jede Verfügung **ad pias causas** als unmittelbar zu Gunsten einer kirchlichen Gemeinde geschehen, und das Stiftungs-Vermögen als zu den **bona ecclesiastica** gehörig anzusehen sei, vgl. bes. Roßhirt im ziv. Arch. X. S. 323 fgg., Fritz Erl. zu Wening I. S. 153 fgg., u. im Ganzen auch Northoff a. a. O. S. 13 fgg. Müsse man nun auch zugeben, daß h. z. T. bei vielen Stiftungen kein solcher Nexus mit der Kirche mehr begründet sei, wie er im röm. und im kanon. Rechte vorausgesetzt werde, so bestehe die Verschiedenheit zwischen Jetzt u. Damals doch nur darin, daß an die Stelle der Kirchen vielfach weltliche Kommünen getreten seien, nämlich der Staat selbst oder einzelne Gemeinden im Staate, und jener in den Gesetzen begründete Gesichtspunkt müsse doch auch noch jetzt insofern Geltung haben, daß die Stiftungen niemals als selbstständige juristische Personen, sondern stets nur als zu einer kirchlichen oder weltlichen Kommüne gehörige Anstalten aufgefaßt werden dürften, und Stiftungs-Vermögen also immer nur den Charakter von Kirchen-, Staats- oder städtischen Vermögen an sich trage. Hieraus wird denn namentlich gefolgert, daß, wenn Jemand eine zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt habe, dies nur den Sinn haben könne, daß eine bestimmte kirchliche oder weltliche Kommüne — z. B. in dem Städel'schen Falle die Stadt Frankfurt — mit der Auflage zum Erben eingesetzt sei, die zugewiesenen Fonds zur

Gründung einer solchen Anstalt zu verwenden, Roßhirt und Fritz a. d. aa. OO. Diese neue Lehre ist aber gewiß unbegründet, und mit Recht haben sich fast alle späteren Juristen dagegen ausgesprochen. Was nämlich jene Deduktion aus dem römischen und kanonischen Rechte anbelangt, so liegt hier augenscheinlich, wie Puchta Lehrb. §. 27. Anm. k. treffend bemerkt, eine Verwechslung der Verwaltungs- mit der Existenz-Frage zu Grunde, und wenn allerdings im kanon. Rechte das Stiftungs-Vermögen unter den allgemeinen Begriff der **bona ecclesiastica** gestellt wurde, so sollte damit auch nicht entfernt die selbstständige juristische Persönlichkeit solcher Stiftungen negirt werden, sondern es hatte dies nur den Sinn, daß dasselbe der Oberaufsicht der Kirchenbeamten unterworfen sein, und an den mancherlei Privilegien des Kirchenguts Theil haben solle. Damit fallen von selbst die Folgerungen hinweg, welche die Vertheidiger jener Ansicht für unser heutiges Recht machen, und obwohl nicht geleugnet werden kann, daß wirklich h. z. T. vielfach Stiftungen vorkommen, die keine selbstständigen juristischen Personen sind, sondern nur als kirchliche oder als Staats- oder städtische Anstalten aufgefaßt werden dürfen, so ist es doch entschieden irrig, dies als das Ausschließliche und Einzige anzunehmen, und ein Blick auf das wirkliche Leben hätte schon von einer solchen Behauptung abhalten sollen. Ueberall treten uns Stiftungen der mannichfaltigsten Art entgegen, die mit den kirchlichen oder weltlichen Kommünen, zu denen sie nach jener Theorie als integrirende Theile gehören müßten, nicht nur in alle möglichen Rechtsverhältnisse treten, sondern auch sehr oft in Prozesse verwickelt werden, was doch gewiß nur unter Voraussetzung einer selbstständigen Persönlichkeit gedacht werden kann. Vgl. auch Mühlenbruch Städel'scher Beerbungsf. S. 63 fgg., Komm. S. 79 fgg., Kierulff a. a. O. S. 148 fgg., Savigny a. a. O. S. 271, Sintenis Zivil. I. S. 107. Anm. 12, Pfeifer a. a. O. S. 122 fgg. u. v. A. m. Hieraus geht aber auch von selbst hervor, wie es sich mit der weiteren oben angeführten Behauptung verhält, daß ein Testament, in welchem eine zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt sei, immer als Erbeinsetzung einer bestimmten anderweiten Kommüne, und zwar als eine **heredis institutio sub modo** aufgefaßt werden müsse. Daß dieses der Sinn einer solchen Disposition sein kann, ist freilich wahr; daß er es aber immer, oder auch nur gewöhnlich sei, muß als ganz unbegründet verworfen werden, und wenn er es in einem konkreten Falle nicht ist — was nach allgemeinen Auslegungs-Regeln ermessen werden muß —, so darf er auch dem Testamente nicht blos zu dem Zwecke aufgedrungen werden, um dadurch etwa eine sonst ungiltige Erbeinsetzung, **taliter**

qualiter aufrecht zu erhalten, vgl. bes. Mühlenbruch Städelscher Beerbungsf. S. 61 fgg., Komm. S. 95 fgg.

Muß man nun aber hiernach die rechtliche Möglichkeit einer selbstständigen Rechtssubjektivität der Stiftungen anerkennen, so entsteht die weitere Frage, ob auch bei Stiftungen eben so, wie bei Kollegien zur Begründung einer juristischen Persönlichkeit die Genehmigung der Staatsgewalt nothwendig sei? Auch hierüber herrscht viel Streit, und so erklären sich z. B. — um hier nur einige Wenige anzuführen, die sich ausführlicher über diese Frage ausgesprochen haben — gegen die Nothwendigkeit einer solchen Konzession Elvers a. a. O. S. 157 fgg., Northoff a. a. O. S. 93 fgg. und Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1840. S. 705 fgg., während umgekehrt dieselbe als unentbehrlich angenommen wird von Mühlenbruch Städel'scher Beerbungsf. S. 146 fgg., Komm. S. 5 fgg., Kierulff a. a. O. S. 150 fgg., Savigny a. a. O. S. 276 fgg, Sintenis Zivilr. I. S. 110 fgg. Anm. 24, und Pfeifer a. a. O. S. 130 fgg. Lassen wir die mancherlei staatswirthschaftlichen, politischen, Zweckmäßigkeits- und Billigkeits-Gründe, die man vielfach von beiden Seiten für und gegen die Nothwendigkeit einer solchen Genehmigung vorgebracht hat, billig außer Berücksichtigung, und halten uns lediglich an die Rechtsfrage, so scheint mir im Allgemeinen die Nothwendigkeit einer staatlichen Genehmigung außer allem Zweifel zu sein, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil jede juristische Person ihrem innersten Wesen nach unleugbar eine Fiktion ist, und eine solche mit rechtlichem Effekte natürlich nur durch die Staatsgewalt begründet werden kann. Dies kann aber freilich in doppelter Weise geschehen, indem entweder durch einen Rechtssatz, also durch ein eigentliches Gesetz, allgemein ausgesprochen wird, daß unter diesen oder jenen Voraussetzungen eine juristische Persönlichkeit als vorhanden angenommen werden solle, oder indem durch eine besondre Konzession in einem einzelnen Falle, also durch ein Privilegium, eine solche Persönlichkeit begründet wird. Ein Gesetz, wodurch von vorneherein frommen oder milden Stiftungen juristische Persönlichkeit beigelegt würde, existirt nun in unsrem gemeinen Rechte nicht, denn wenn man dafür wohl die l. 46. C. h. t. anführt, so ist dies theils schon darum unzulässig, weil diese Konstitution zu den leges restitutae gehört (vgl. Mühlenbruch Komm. XXXIX. S. 467 fgg.) und darum keine praktische Geltung hat, theils auch deßhalb, weil hier doch immer die Mitwirkung der Kirchenobern vorausgesetzt wird, und diese im Geiste jener Zeit unbedenklich in dieser besondren Richtung als Organ der Staatsgewalt angesehen werden konnten. Eben so wenig, wie ein geschriebenes Gesetz, läßt

sich auch eine gemeinrechtliche Gewohnheit nachweisen, wornach Stiftungen ohne Weiteres als juristische Personen anerkannt werden müßten, vgl. bes. Mühlenbruch Städel'scher Beerbungsf. S. 191 fgg. und Komm. XL. S. 21 fgg., und so bleibt denn gemeinrechtlich gewiß nichts übrig, als daß in einem jeden einzelnen Falle durch eine besondre Konzession der Staatsgewalt, also durch ein Privilegium, die juristische Persönlichkeit einer Stiftung geschaffen werden muß. Dabei versteht es sich übrigens ganz von selbst, daß eine solche Genehmigung, in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über **consensus tacitus**, auch stillschweigend ertheilt werden kann. —

Drittes Kapitel.

Von den Sachen.

I. Begriff von Sache; körperliche und unkörperliche Sachen. §. 61.

Inst. II. 2. de rebus corporalibus et incorporalibus. — v. Buchholtz, Versuche Nr. 1, Fritz, Erl. zu Wening I. S. 162 fgg., Schilling, Lehrb. der Instit. und Rg. II. §. 50. 58, Boecking, Institut. I. §. 67.

II. Juristisch relevante Eintheilungen der Sachen.

Inst. II. 1. de rerum divisione, Dig. I. 8. de divisione rerum et qualitate. — Westphal, Syst. des röm. R. über die Arten der Sachen rc. Leipz. 1788, v. Buchholtz, Versuche Nr. 1—7, Schilling, Lehrb. II. §. 50—67, Boecking, Instit. I. §. 67—81, Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 40 und 41.

A. Bewegliche und unbewegliche Sachen. §. 62.

Boecking, Instit. §. 74. (im Anhang dazu S. 325—31 findet sich auch eine Ausführung über röm. Behandlung und Benennung der Ländereien).

B. Res in commercio und extra commercium, res in patrimonio und extra patrimonium.

1) Im Allgemeinen. §. 63.

2) Insbesondere:

a) Res divini juris. §. 64.

Dig. XI. 7; Cod. III. 44. de religiosis. — Schilling §. 52—54, Boecking §. 69.

b) Res communes omnium. §. 65.

c) Res publicae. §. 66.

1) *Ulp.* l. 2. §. 21. 22. ne quid in loco publ. vel itin. fiat (43, 8): Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est, non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus; viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit; — — (§. 22.) Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas graeci βασιλικάς, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt, quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. — Cf. *Ulp.* l. 3. pr. de loc. et itinerib. public. (43, 7): Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis facta sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1—3. de fluminib. (43, 12): Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. (§. 2.) Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia; perenne est, quod semper fluat, ἀένναος, torrens ὁ χειμάῤῥους; si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. (§. 3.) Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia

Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Cf. *Marcian*. l. 4. §. 1. de rer. divis.: Flumina paene omnia et portus publica sunt, und §. 2. J. de rer. divis.: Flumina autem omnia et portus publica sunt.

Anm. Ueber die Wege vgl. Puchta ziv. Abh. S. 86 fgg., über die Flüsse s. Gesterding im ziv. Arch. III. Abh. 5, Funke das. XII. Abh. 15 und 21, Hoffmann, Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts. Heft 2. Darmst. 1831. S. 1 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 169 fgg., Kori im ziv. Arch. XVIII. Abh. 2, Sintenis I. S. 417 fgg.

---

d) Res nullius. §. 67.

C. Res fungibiles und non fungibiles. §. 68.

Paul. l. 2. §. 1. de R. C. (12, 1): Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia [*Hal.* quae] in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis,] quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Anm. 1. Unter den vielen Arten der **res fungibiles** ist vor allen Dingen das Geld auszuzeichnen, vgl. darüber besonders Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. I. Abh. 7. Der Werth des Geldes kann aber nach Verschiedenheit der aufgefaßten Gesichtspunkte sehr verschieden bestimmt werden:

1) Der wahre Werth des Geldes besteht darin, daß es ein allgemeines Tauschmittel ist, oder wie Seuffert, Erörtr. I. S. 60. richtig sagt, ein Maaßstab, wodurch alle Dinge der Sinnenwelt nach ihrem Werthe gemessen werden können, ein Medium, wodurch die verschiedenartigsten Gegenstände mit einander in Verhältniß gesetzt werden. Um diesen Werth des Geldes zu bestimmen, muß also die Frage beantwortet werden: wie viel Sachen andrer Art, außer Geld, kann ich für eine bestimmte Summe erhalten; vgl. **l. 1. pr. de contrah. emt. (18, 1), l. 94. §. 1. de solut. (46, 3).**

2) Sehr verschieden von diesem Tauschwerth ist der innere Werth des Geldes, wobei das Verhältniß des einzelnen gemünzten Metallstücks zu dem Metall, welches den Stoff desselben bildet, entscheidet, und zwar kommt dabei theils das s. g. Korn in Betracht, d. h. die Art des Metalls und die Mischung mit andern Metallen, theils das Schrot, d. h. die Quantität, die sich in der Schwere der Münze ausspricht. In den meisten Fällen ergibt sich Schrot und Korn einer Münze schon aus ihrem Namen; da aber doch der Staat auch nicht selten unter gleicher Benennung verschiedene Münzen ausprägt, so muß man, um den innern Werth zu bestimmen, wissen, wie viele Stücke dieser Sorte aus einer bestimmten Quantität Metalls geprägt sind? m. a. W. man muß den Münzfuß kennen, zu dessen Bezeichnung in Deutschland die Zahl der Gulden angegeben wird, die aus einer Mark, d. h. 16 Loth Silbers geprägt werden. Bei andern Münzsorten als Gulden muß man dann das Verhältniß derselben zum Gulden bestimmen, und weiß man also z. B. daß ein Thaler stets 1½ Gulden enthält, so kennt man auch den innern Werth eines z. B. im 24 Guldenfuß ausgeprägten Thalers. Es sind da nämlich 16 Thaler (= 24 Gulden) aus einer Mark Silber geprägt, und jeder Thaler enthält 1 Loth Silber, während z. B. nach dem 18 Guldenfuß ein Thaler 1⅓ Loth enthält, und nach dem sich h. z. T. immer mehr verbreitenden 21 Guldenfuß 1⅐ Loth auf den Thaler kommt.

3) Wenn auch edle Metalle sich ganz vorzüglich wegen ihrer Seltenheit, Dauerhaftigkeit und Theilbarkeit zum allgemeinen Tauschmittel eignen, so ist doch an sich betrachtet, ein Stück von diesem Metall eine Waare, wie andre Waaren auch, ohne absoluten Werth, und nicht als Tauschwerth zu gebrauchen. Dies wird vielmehr erst möglich durch das Gepräge, durch welches der äußere Werth des Gelds zunächst bestimmt wird. Daß nun dieser Geprägewerth bei einer etwaigen Kollision mit dem innern Werthe stets vorgehen müsse, versteht sich von selbst. Regelmäßig aber wird ein Mißverhältniß in dieser Beziehung, wo nicht bestimmte Prohibitiv-Gesetze entgegen stehen, dahin führen, daß sich statt des gesetzlichen im Handel und Wandel ein usueller Werth bildet, welcher sich dem innern Werthe der Metallstücke näher anschließt. Ueber das Verhältniß dieses Kurswerths zu dem Geprägewerth entscheiden aber durchaus die allgemeinen Grundsätze.

4) Ueber die wichtige Frage, welchen Einfluß eine Veränderung des Geldwerths auf Geldschulden habe, vgl. unten §. 570. Anm.

Anm. 2. Ueber römische Gewichte, Münzfüße und Maaße vgl. bes. Böckh metrol. Untersuch. über Gewichte, Münzfüße und Maaße des Alterth. Berl. 1838, und in gedrängter Uebersicht Boecking Instit. I. S. 341 fgg.

D. Res, quae usu consumuntur vel minuuntur, und res, quae usu non consumuntur vel minuuntur. §. 69.

D. Res dividuae und individuae. §. 70.

Warnkönig in Roßh. Zeitschr. III. S. 67 fgg.; Wächter im ziv. Arch. XXVII. S. 154 fgg.

F. Einfache und zusammengesetzte Sachen. §. 71.

Pompon. l. 30. pr. de usurpat. et usuc. (41, 3): Tria genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνομένον vocatur, ut homo, lignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.

Anm. Pomponius unterscheidet in l. 30. cit. drei Arten von Sachen. Entweder sind die einzelnen Theile einer Sache auf eine organische Weise mit einander verbunden (h. z. T. s. g. **res unitae**), oder auf eine mechanische Weise (s. g. **res connexae s. compositae**), oder die Theile stehen in gar keiner äußern Kohärenz, sondern werden nur durch den Begriff zu einem Ganzen verbunden (s. g. **universitates rerum**). Hierbei aber darf nicht übersehen werden, daß der Name **universitas** bei den Römern keineswegs ausschließlich für die letztere Art von Sachen gebraucht wird, sondern auch häufig für die zweite Art vorkommt, z. B. **universitas aedium** u. dgl., vgl. z. E. l. 23. **pr. de usurp. et usuc.**, l. ~~[illegible] §. 11.~~ **de adqu. rer. dom.** (41, 1), l. 8. **quod vi aut clam.** (43, 24), Hasse im ziv. Arch. V. S. 5 fgg., was uns aber nicht zu der Ansicht verleiten darf, beide Arten von Sachen, die **universitates**

rerum cohaerentium und **distantium** ständen unter ganz gleichen Rechtsprinzipien, indem in manchen Fällen, z. B. in der Lehre vom Besitz und der Usukapion, das direkte Gegentheil vorkommt. — Was nun noch besonders die **universitates rerum** im engern Sinn des Worts anbelangt, so geht die herrschende Ansicht, die wohl gewiß durch die Glosse zu **l. 1. §. 8. quando de peculio (15, 2)** veranlaßt ist, dahin, daß man zwei wesentlich verschiedene Arten derselben, die **universitates juris** und die **universitates facti** unterscheiden müsse, und zwar stellt man darüber gewöhnlich folgende Sätze auf: **universitas juris** sei das Vermögen eines Menschen, welchem, als ein Ganzes betrachtet, die Gesetze gewisse besondere Rechte beigelegt hätten, und zwar namentlich trete dabei eine **in rem actio universalis** ein, und es greife die Regel dabei Platz: **res succedit in locum pretii et pretium in locum rei**, die man wohl auch so ausdrückt: **surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est.** Für die Wahrheit dieser Sätze beruft man sich aber vorzüglich auf **l. 20. §. 10. de H. P.**, und bald als Beispiele, bald als erschöpfend führt man gewöhnlich als solche **universitates juris** auf: das gesammte Vermögen eines Menschen, besonders in der Gestalt der **hereditas**, und das **peculium**. Die **univ. facti** sei dagegen jede andre **universitas rer. distantium**, und sie zeichne sich eben dadurch aus, daß dabei jene charakteristischen Grundsätze nicht einträten, wie z. B. eine Heerde, eine Bibliothek, ein Waarenlager u. dgl.

Man muß sich aber auf das Ernstlichste gegen diese ganze Eintheilung erklären, da sie nur auf Mißverständnissen beruht, und gar leicht zu bedeutenden Irrthümern hinführen kann, wie dies schon früher *Mühlenbruch*, **observat. jur. rom. Regim. 1818. c. 1.** angedeutet, später aber, nachdem auch Hasse im civ. Arch. V. Nro. 1. ihm im Wesentlichen beigetreten war, ausführlicher nachgewiesen hat im civ. Arch. XVIII. S. 321 fgg., vgl. auch Wächter Erörtr. Heft I. Nr. 1. Man bemerke:

1) die Regel: **in universitatibus res succedit in locum pretii et v. v.** findet ihren Ursprung in dem gewöhnlich s. g. **SC. Juventianum** unter Hadrian über die Frage, was ein Erbschaftsbesitzer zu restituiren habe, vgl. **l. 20. §. 6 sqq., l. 22, l. 25. de H. P.** Der Inhalt ist im Wesentlichen der, daß der Erbe berechtigt, nicht aber auch verpflichtet sein soll, von dem Erbschaftsbesitzer den Kaufpreis für eine von diesem verkaufte **res hereditaria** und das gemachte **lucrum** zu fordern, und in dieser Beziehung nur heißt es: **in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium**

factum, **l. 22. cit.** In welchem beschränkten Sinne also schon bei der **H. P.** selbst jene Regel aufzufassen sei, leuchtet von selbst ein, da es dem Erben, abgesehen von einigen besondern Fällen, immer auch gestattet ist, statt des Kaufpreises die Erbschaftssache selbst von dem dritten Besitzer abzuholen. Die weitere Ausdehnung dieser, in ihrer eigentlichen Anwendung schon mißverstandnen Regel auf andre s. g. **universitates juris** beruht aber auf **l. 20. §. 10. de H. P.: Non solum autem in hereditate hoc utimur SCto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate**, die man gewöhnlich so auslegt, das **SC.** komme nicht blos bei der von einem Universalsuccessor angestellten **H. P.** in Betracht, sondern auch bei der **actio in rem universalis**, mit welcher der **filius familias** ein ihm gehöriges Pekulium einklage, und bei andern dergleichen **universitates juris**. Dies ist aber offenbar falsch, und der wahre Sinn jener Stelle ist nur, wie Hasse a. a. O. S. 57. und Mühlenbruch a. a. O. S. 338 fgg. nachgewiesen haben, folgender: das Senatuskonsultum findet nicht nur bei eigentlicher **hereditas**, sondern auch bei andern Universalsuccessionen Anwendung, wie namentlich bei der Succession in ein **peculium castrense** (welche bei den Römern nicht als wahre **hereditas** betrachtet wurde, Hasse S. 48. 49, Mühlenbruch a. a. O.) und andern mehr (z. B. bei der **bonorum possessio**, der **bonorum emtio** u. s. w.). Daß mit dieser richtigen Interpretation jede Ausdehnung der obigen Regel über die **H. P.** hin von selbst als unzulässig erscheint, versteht sich von selbst, und es kann also in derselben kein Vereinigungspunkt für die mehreren s. g. **universitates juris** gefunden werden.

2) Die eben erklärte **l. 20.** ist aber auch der Sitz des zweiten angeblichen Kriteriums für die s. g. **universitates juris**, daß nämlich bei diesen universelle Realklagen Statt fänden. Die gewöhnliche Auslegung ist nämlich nur unter der Voraussetzung möglich, daß man auch ein Pekulium und andre **universitates** eben so mit einer universellen Realklage einfordern könne, wie der Erbe die **hereditas**. Daß dieß aber aus unsrer Stelle nicht gefolgert werden könne, geht aus der vorher gegebenen Interpretation derselben von selbst hervor, da hiernach in derselben blos und allein von der **H. P.** die Rede ist. Daß aber auch die ganze Behauptung unwahr sei, und daß namentlich das Pekulium, welches man doch stets als die zweite Hauptart der **universitates juris** aufführt, durchaus keine solche universelle Klage zulasse, geht mit Evidenz aus **l. 56. de R. V.** hervor, wo geradezu gesagt ist, daß eine **vindicatio peculii** nicht statthaft sei, sondern daß man **res singulas** einklagen müsse.

Das Resultat ist also: die Unterscheidungsmerkmale, die man gewöhnlich für die universitates juris annimmt, sind durchaus blos Eigenthümlichkeiten der hereditas, die man aus reinem Mißverständniß auch auf andre universitates hat ausdehnen wollen. Will man nun die hereditas wegen dieser Eigenthümlichkeiten und etwa wegen noch andrer Besonderheiten, die dabei vorkommen, wie z. B. daß sie personae vice fungitur, eine juris universitas nennen, so läßt sich dagegen an sich nichts einwenden, wenn man sich nur hütet, diese Eigenheiten auf andre universitates, wie z. B. das Pekulium, übertragen zu wollen. Will man aber mit manchen Neuern, z. B. Warnkönig im ziv. Arch. XI. Abh. 9, sich mehr an die Begriffe der Glosse anschließend, den Ausdruck juris universitas für gleichbedeutend mit jurium universitas nehmen, und das Eigenthümliche darein setzen, daß nicht blos corpora, sondern auch incorporalia darin enthalten seien, so würden allerdings außer der hereditas auch noch andre universitates, wie namentlich das Pekulium, aber auch eben so gut noch manche andre, die man nicht dahin zu rechnen pflegt, z. B. eine taberna mit ihren activis und passivis u. dgl. m. dahin gehören; aber diesem ganzen Begriff würde es an juristischer Realität fehlen, da diese so unter einen Namen vereinigten universitates auch nur diesen Namen, nicht aber auch unterscheidende Rechtsgrundsätze gemein hätten.

Man thut daher gewiß besser, die rechtlichen Grundsätze über universitates rerum ohne alle Rücksicht auf jenen verwirrenden Unterschied zwischen universitates juris und facti aufzustellen. Man muß aber dabei von dem einfachen Grundsatz ausgehen: es ist in jedem einzelnen Falle scharf zu untersuchen, ob die universitas rerum auch juristisch als ein Ganzes angenommen werden könne, oder ob rechtlich nur die einzelnen Theile in Betracht zu ziehen seien. Im erstren Falle verhält es sich mit der universitas rerum ähnlich, wie mit der universitas hominum, d. h. es wird hier ein neues ideelles Rechtsobjekt geschaffen, welches bestimmt von den einzelnen Substraten geschieden werden muß, und es bleibt also immer dasselbe, wenn auch mit den einzelnen Theilen eine Veränderung vor sich geht. Ganz anders aber muß im zweiten Falle gesagt werden; hier sind rechtlich immer blos mehrere einzelne Sachen vorhanden, die blos zufällig unter einen Begriff und einen Namen zusammen gefaßt werden. Dort läßt sich passend von einer juristischen, hier von einer blos faktischen universitas reden. Wann nun das Eine, wann das Andre Statt finde, kann durchaus nicht im Allgemeinen bestimmt werden, und am wenigsten läßt sich etwa ein Katalog von juristischen und

faktischen **universitates** aufstellen; sondern es muß diese Frage stets in den einzelnen konkreten Fällen nach Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse und nach der Absicht der Partheien beantwortet werden. Es gibt also keine **universitas**, die absolut, d. h. in jeder Beziehung als eine juristische angenommen werden könnte, sondern jede **universitas** kann bald als juristische, bald nur als faktische in Betracht kommen. Wenn auch das Einzelne, wie sich von selbst versteht, bei den einzelnen Rechtsverhältnissen selbst näher zu entwickeln ist, so können doch zur Erläuterung folgende Beispiele dienen: a) In der Lehre vom Besitz und der sich darauf gründenden Verjährung gibt es gar keine juristische **universitas**, und zwar sehr konsequent, weil das neue ideelle Objekt ja unmöglich besessen werden kann. Man besitzt und verjährt also z. B. nicht die Herrde als solche, sondern nur die einzelnen Thiere, und wenn also eines darunter eine **res furtiva** wäre, so kann eine Verjährung daran nicht vorkommen, was sich ganz anders verhielte, wenn man die Heerde hier als eine juristische **universitas** betrachten dürfte. — b) Wenn eine **universitas rerum** verpfändet worden ist, so kommt Alles auf die ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene Absicht der Partheien an. Bei der Verpfändung eines Waarenlagers z. B. muß man, wenn nichts anderes bestimmt ist, eine juristische **univ.** annehmen, und das hat die wichtige Folge, daß nicht auch die einzelnen Waaren als solche verpfändet sind, und daß diese also mit der Veräußerung aus dem Pfandrechte herausgehen. Anders verhält es sich dagegen der Vermuthung nach, obwohl auch hier das Entgegengesetzte besonders bestimmt werden kann, bei einem Pfande an ganzem Vermögen, an einer Bibliothek u. s. w., indem man in solchen Fällen eine blos faktische **univ.**, also eine Verpfändung der einzelnen Sachen als solcher annehmen muß. — c) Wenn eine **universitas** Objekt eines Kaufvertrags ist, so muß stets in einem einzelnen Falle die Absicht der Partheien entscheiden, und wenn also z. B. hiernach eine verkaufte Heerde, Bibliothek u. dgl. als juristische **univ.** anzusehen ist, so kann nicht wegen Eviktion oder wegen heimlicher Mängel einzelner Sachen geklagt werden, was sich umgekehrt verhält, wenn die Partheien eine faktische **univ.** beabsichtigten; u. dgl. m.

G. Haupt- und Nebensachen.

1) Im Allgemeinen; §. 72.

2) Insbesondere:

a) Pertinenzen. §. 73.

Dig. XIX. 1. de actione emti venditi; XXXIII. 7. de instructo vel instrumento legato. — *Beselin*, de pertinentiis. Gött. 1782. 4. (deutsch übersetzt in Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen. Augsb. 1835 fgg. Bd. I. Lief. 1. S. 105 fgg.) Gesterding, alte und neue Irrthümer, S. 301 fgg.; Funke, die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. — Glück II. S. 472 fgg. XVI. S. 98 fgg.

b) Verwendungen. §. 74.

Dig. XXV. 1. de impensis in res dotales factis.

c) Früchte.

Dig. XXII. 1. de usuris et fructibus rel.; Cod. VII. 51. de fructibus et litium expensis. — Heimbach die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipz. 1843.

α) im Allgemeinen. §. 75.

β) insbesondere von Zinsen.

Dig. XXII. 1. de usuris rel.; Cod. IV. 32. de usuris. *Salmasius*, de usuris liber. Lugd. Batav. 1639, *Noodt*, de foenore et usuris libri III. (in opp. I.), Glück XXI. S. 1 fgg., Fritz Erl. zu Wening H. III. S. 20 fgg., Unterholzner Schuldversch. I. S. 309 fgg., Koch Recht d. Fordr. I. S. 87 fgg., Schilling Lehrb. der Institut. Bd. III. S. 101 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 92 fgg., vgl. auch Savigny Syst. VI. S. 122. fgg.

1) Begriff und Entstehungsgründe. §. 76.

1) *Papinian.* l. 6. h. t.: Quum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imp. Antoninus ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.

2) *Ulp.* l. 26. pr. de condict. indeb. (12, 6): Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit; sed si supra modum legitimum solvit, Divus Severus rescripsit, quo jure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum, et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid, si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere.

3) *Philipp.* l. 18. C. h. t.: Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa veteris juris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

Anm. 1. Ob auch Verpflichtung zum Zinsenzahlen durch Verjährung entstehen könne? S. T. 1. und Gesterding, Irrthümer Nr. 1. Müller, ziv. Abh. S. 232 fgg., Fritz a. a. O. S. 30 fgg., Keller in Sell's Jahrb. III. 5, Sintenis a. a. O. S. 93 fgg. Not.

Anm. 2. Bei der Frage über Rückforderung von **usurae indebitae** müssen folgende Fälle von einander unterschieden werden:

1) Wenn Jemand gar kein Kapital schuldet, aber doch Zinsen davon im Irrthum bezahlt, so kann er dieselben stets zurückfordern, selbst, wenn er das Kapital für ein unverzinsliches hielt, und insofern wissentlich **usuras indebitas** bezahlte, **l. 26. §. 2. de condict. indeb.**, wo sich die letzten Worte **nec videtur sciens indebitum solvisse** gerade auf den Fall beziehen, wenn er das gar nicht existente Kapital für ein unverzinsliches hielt.

2) Wenn Jemand das Kapital zwar schuldet, aber dasselbe ist unverzinslich. Bezahlt er hier wissentlich Zinsen, so versteht es sich, daß keine Rückforderung Statt findet, aber dasselbe muß auch gesagt werden, wenn er im Irrthum zahlte, **l. 26. pr. de cond. indeb.** (T. 2). Zwar leugnet dies *Weber*, **de usuris indebite solutis, §. 12. sqq.**, (in dessen Versuchen über das Zivilrecht S. 316 fgg.), indem er **l. 26. cit.** nur von wissentlicher Zahlung nicht schuldiger Zinsen verstehen will, aber es ist dies gewiß unrichtig, denn nicht nur, daß dagegen die bekannte Regel: **lege non distinguente nec nostrum est distinguere** spricht, so würde auch, wollte man Weber's Interpretation annehmen, aus

den Anfangsworten vermittelst eines nothwendigen **argum. a contrario** folgen, daß ein wissentlich **indebite** gezahltes Kapital zurückgefordert werden könne, was Weber selbst nicht billigt. Ueberdies aber erscheint der Satz, daß **usurae indebitae** nicht zurückgefordert werden können, auch ganz konsequent, da die Römer ja auch in andern Fällen erkennbare Liebespflichten mit bürgerlicher Wirksamkeit versehen, und wie sehr namentlich die Zinspflicht nach römischer Ansicht dahin gezählt wird, geht schon aus der bekannten, unsrem Falle ganz analogen, **antichresis tacita** hervor, vgl. auch *Seneca*, **epist.** 81: **ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris.** Vgl. überhaupt Thibaut, Versuche Bd. II. Abh. 5. Nro. 3. Wenn man dies aber auch jetzt ziemlich allgemein zugibt, so ist doch die Meinung sehr verbreitet, dieses Pandektenrecht sei späterhin durch **l. 18. C. de usur.** (T. 3) aufgehoben, was aber gewiß unrichtig ist, denn die **l. 18.** bezieht sich ganz sicher nur auf den dritten, sogleich noch zu besprechenden Fall.

3) Wenn zwar das Kapital vorhanden, und auch Zinspflicht begründet ist, aber man bezahlt über das gesetzliche Maaß, so sind auch hier **usurae indebitae** vorhanden. Bei *Paul.* **R. S. II. 14. §. 2.** heißt es hiervon: **usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumta sorte repeti possunt,** und in **§. 4: usurae, quae centesimam excedunt,** *per errorem* **solutae repeti possunt.** Es wurde also ein Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung gemacht; während im letztern Falle die **condictio indebiti** allgemein zustand, wurde im erstren Falle keine Rückforderung zugelassen, sondern das Kapital verminderte sich in fortlaufender Progression, und mußte endlich ganz verschwinden; war es aber wirklich konsumirt, dann konnten auch die wissentlich zu hohen Zinsen zurückgefordert werden nach den Grundsätzen unter 1). Dieses Verfahren konnte aber, wenn man streng sein wollte, nur dann angewendet werden, wenn wirklich die Zinsen vor dem Kapital gezahlt waren, nicht aber, wenn das Umgekehrte eintrat, oder Beides zugleich bezahlt war, und dieses war auch offenbar die Meinung des Paulus a. a. O. Eine mildre Meinung ließ aber doch auch in diesen Fällen, freilich gezwungen genug, eine Rückforderung zu, wie namentlich Ulpian **l. 26. pr. de cond. indeb.**, und diese letztere billige Meinung wurde durch das oben erwähnte Reskript von Philippus in **l. 18. C. de usur.** gesetzlich gebilligt, denn es wurde da verfügt, daß **usurae indebitae** auch dann, wenn sie nach bezahltem Kapital prästirt wurden, **exclusa veteris juris varietate** zurückgefordert werden könnten. Wie man diese Verordnung auf den bei 2) besprochenen

Fall hat beziehen können, vgl. z. B. Glück XIII. S. 98 fgg., Thibaut, Syst. §. 632. Not. r., Mühlenbruch, Lehrb. §. 378. bei Not. 6, Wening §. 293. Not. k., ist in der That schwer einzusehen, denn nicht nur, daß dadurch eine Antinomie in das Korp. jur. hineingetragen wird, welche wirklich gar nicht vorhanden ist, so sollte ja auch nach den klaren Worten derselben nur eine vor diesem Gesetze von manchen Juristen gemachte Unterscheidung, ob usurae indebitae vor oder nach bezahltem Kapital gezahlt seien, aufgehoben werden. Ein solcher Unterschied wurde aber niemals bei dem Fall unter 2), sondern nur in unserm Falle gemacht, wenn die usurae darum indebitae sind, weil sie das gesetzliche Zinsmaaß überschreiten; vgl. auch Röder, ziv. Abh. S. 112 fgg., Sintenis a. a. O. S. 110. Not. 58. Unrichtig ist die Darstellung von Unterholzner, Schuldverh. II. S. 46 fgg.

---

2) Zinseinschränkungen

a) In Rücksicht der erlaubten Prozente. §. 77.

Anm. 1. Um sich in den Quellen gehörig finden zu können, muß man die da vorkommenden Benennungen der Zinsprozente wissen. Die zur Zeit der klassischen Juristen höchsten erlaubten Zinsen waren die **usurae centesimae**, d. i. 12 p. C., und der Name erklärt sich daraus, daß in jedem Monat eins von hundert gezahlt wurde. Um die geringern Prozente zu bezeichnen, nahm man diese **usurae centesimae** als Aß an, und benannte die geringern Zinsen nach den Theilen dieses Aß. Diese Theile sind aber: ***uncia*** ($\frac{1}{12}$); ***sextans*** (= **sexta assis pars** = $\frac{2}{12}$); ***quadrans*** (= **quarta assis p.** = $\frac{3}{12}$); ***triens*** (= **tertia assis p.** = $\frac{4}{12}$); ***quincunx*** (= **quinque unciae** = $\frac{5}{12}$); ***semis*** (= **semiassis** = $\frac{6}{12}$); ***septunx*** (= **septem unciae** = $\frac{7}{12}$); ***bes*** (= **bis triens** [? **cf. Fest. de V. S. voce: bes**] = $\frac{8}{12}$); ***dodrans*** (= **dequadrans i. e. as demta quadrante** = $\frac{9}{12}$); ***dextans*** oder ***decunx*** (= **desextans** und **resp. decem unciae** = $\frac{10}{12}$); ***deunx*** (= **demta uncia** = $\frac{11}{12}$). Hiernach sind also z. B. **usurae trientes** der dritte Theil von **usurae centesimae**, d. h. 4 **p. C.**, **usurae besses** zwei Drittheile von **usurae centesimae**, also 8 **p. C.**, **usurae quadrantes** 3 **p. C.**, **usurae semisses** 6 **p. C.** u. s. w. **Usurae unciariae** würden hiernach 1 **p. C.** sein; daß dies aber gewiß nicht die Bedeutung von **foenus uncia-**

rium im Sinne der 12 Tafeln ist, darüber vgl. man besonders Niebuhr, römische Geschichte, neueste Ausgabe. Bd. III. S. 61 fgg.

Anm. 2. Inwiefern das zum voraus Zinsen Nehmen erlaubt oder unerlaubt sei (vgl. Glück XXI. S. 71 fgg., Röder zivil. Abhh. Nr. 4, Fritz, Erl zu Wening H. 3. S. 66 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 107 fgg. Not. 55.), ist mit folgenden Unterscheidungen zu beantworten:

1) Wenn gleich anfänglich bei der Hingabe des Kapitals die Zinsen vorabgezogen werden. Dies ist durch die l. 26. §. 1. C. h. t. geradezu verboten, verb.: interdicta licentia rel., und bestimmt worden, daß, wenn doch dagegen gehandelt werde, nur das wirklich aus eignem Vermögen des Gläubigers dem Schuldner Ausgezahlte als Kapital zu betrachten und zu verzinsen sei. Daraus folgt von selbst, daß die zweite, dritte scheinbare Vorauszahlung der Zinsen für das ganze scheinbar ausgeliehene Kapital als die erste, zweite wirkliche Zinszahlung anzusehen ist, und daß derjenige Theil des Zinsquantums, der für den Mehrbetrag des scheinbaren Kapitals, also die Differenz des scheinbaren und wirklichen Kapitals gezahlt ist, nach allgemeinen Regeln das Kapital ipso jure verringert, vgl. Röder S. 84 fgg., S. 88 fgg.

2) Kommt aber eine Vorausbezahlung der Zinsen nicht gleich im Anfang, sondern erst in der Folgezeit vor, so ist dies im Allgemeinen betrachtet giltig, vgl. l. 57. pr. de pact. (2, 14), l. 2. §. 6. de doli mali exc. (44, 4), und nur insofern verboten, als darin ein verkleideter Zinswucher enthalten ist. Es ist also, eine solche Vorauszahlung dann völlig erlaubt, wenn die pränumerirten Zinsen zusammengerechnet mit den davon bis zum wirklichen Zahlungstag zu ziehenden landesüblichen Zinsen das höchste Zinsmaaß nicht überschreiten. Im umgekehrten Falle aber, also stets dann, wenn die vorausgezahlten Zinsen schon die höchsten erlaubten sind, muß, insoweit dieselben zusammengerechnet mit ihren Zinsen das erlaubte Zinsmaaß überschreiten, ein Zinswucher angenommen werden, und insoweit also auch eine von selbst eintretende Konsumtion des Kapitals Platz greifen. Nehmen wir also z. B. an, daß die landesüblichen und zugleich die höchst erlaubten Zinsen 5 p. C. sind, und es hat A. dem B. nach diesem Zinsfuß am 1. Januar 1838. 1000 fl. zu verzinsen, er zahlt aber statt dessen schon am 1. Januar 1837. 50 fl., so ist es juristisch gerade so, als hätte er am erstgenannten Tage 52½ bezahlt, und das für die Folgezeit zu verzinsende Kapital beträgt also nur noch 997½. Der Sache nach nicht verschieden ist die von Fritz a. a. O. vorgeschlagene Rechnung, und zu demselben Resultat kommt auch

Röder in der angef. Abh., aber man bedarf dazu nicht des Umwegs, den er einschlägt, daß nämlich eine solche Vorausbezahlung als ein verzinsliches Darlehn zu betrachten sei, welches der Schuldner dem Gläubiger mache, und daß dann am wirklichen Zahlungstage eine Kompensation eintrete. Sintenis a. a. O. kommt bei unsrer Frage zu gar keinem festen Resultat, sondern will bei der Beurtheilung der Frage, ob die Vorauszahlung einen Zinsenwucher enthalte, „auf die Umstände Rücksicht nehmen, namentlich auf die Zeit, auf welche hinaus Zinsen bezahlt werden, und auf die etwa vorliegenden Motive". Ich zweifle sehr, daß ein solches Verstellen in das **arbitrium judicis** dem Geiste unsrer Zinsgesetzgebung angemessen ist.

---

b) Verbot des Anatozismus. §. 78.

c) Verbot des Zinsennehmens über den Betrag des Kapitals. §. 79.

W. Sell in sein. Zeitschr. I. 2, Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. 4.

Viertes Kapitel.

Von den Handlungen.

Abschnitt I.

Von den Handlungen im Allgemeinen.

I. Begriff und Hauptarten der Handlungen. §. 80.

II. Von der Willensbestimmung.

A. Willensfähigkeit. §. 81.

Glück IV. S. 52 fgg., Savigny, Syst. III. S. 22 fgg., S. 83 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 17. S. 136 fgg.

1) *Gai.* l. 1. §. 12. 13. de O. et A. (44, 7): Furiosum sive stipulatur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est. (§. 13.) Huic proximus est, ut nondum intelligat, quid agatur; sed quod ad hunc benignius acceptum est, nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. Vgl. *Paul.* l. 5. de R. J.: In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent; nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.

2) *Paul.* l. 48. de R. J.: Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverentia

apparuit, judicium animi fuisse. Vgl. l. 3. de divort. (24, 2) und dazu Glück IV. S. 54. Not. 47. und Savigny a. a. O. S. 87.

B. Einfluß von Zwang, Irrthum, Betrug.

1) Zwang. §. 82.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit; Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Glück IV. S. 167 fgg., V. S. 468 fgg., Savigny III. S. 99 fgg., Kritz, Rechtsfälle V. S. 1 fgg. Vgl. auch unten §. 185. Anm., §. 431. Anm. 1, und §. 605. Anm. 2.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Ait Praetor: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quod vi metusve causa* rel. sed postea detracta est vis mentio, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

2) *Ulp.* l. 5. eod.: Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis.

3) *Gai.* l. 6. eod.: Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.

4) *Ulp.* l. 9. pr. eod.: Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus. — — §. 1. — — Licet vim factam a quocunque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium, vel latronum vel populi tuerer vel librarem, aliquid a te accepero, vel obligavero, non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor.

2) Irrthum. §. 83.

Dig. XXII. 6; Cod. I. 18. de juris et facti ignorantia. — *Donell.* comment. jur. civ. l. c. 18 sqq.; Herrmann von den Wirkungen des Irrthums, Wetzl. 1811 (im Auszug in Löhr's Magaz. IV. S. 35 fgg.); Mühlenbruch im civ. Arch. II. S. 361 fgg.; Glück XXII. S. 262 fgg.; Savigny III.

S. 111 fgg., bes. aber S. 325 fgg. (Beilage VIII.); Herrmann Beiträge zu der Lehre v. Irrthum im Zivilrechte, in der Gieß. Zeitschr. neue Folge. Bd. III. S. 87 fgg., S. 189 fgg., Bd. IV. S. 325 fgg., Bd. V. S. 132 fgg., Bd. VI. S. 285 fgg.

Anm. 1. I. Irrthum (worunter hier dem herrschenden Sprachgebrauch gemäß nicht blos das Falschwissen, sondern auch das Nichtwissen verstanden wird) kann in der Regel nicht berücksichtigt werden, d. h. die im Irrthum vorgenommene Handlung bringt ganz dieselben Wirkungen hervor, wie wenn der Handelnde nicht geirrt hätte, und namentlich schützt also der Irrthum nicht gegen die durch Handlung oder Unterlassung entstandenen Nachtheile. Dieser wichtige Grundsatz bewahrheitet sich in den zahlreichsten Anwendungen, von denen hier nur beispielsweise einige wenige angedeutet werden sollen.

1) Vor Allem gehört hierher der folgenreiche Satz, daß bei einem Rechtsgeschäft, z. B. bei einem Vertrage, der Irrthum in den Beweggründen ganz ohne Einfluß bleibt, vgl. darüber Bd. III. §. 604. Anm. geg. E. Doch leidet dies aus besondren Gründen bei letztwilligen Dispositionen eine Ausnahme, indem hier allerdings auch Irrthum in den Motiven die Nichtigkeit der Disposition herbeiführen kann, vgl. §. 431. Anm. 2.

2) Wenn gegen ein unbedingt ge- oder verbietendes Gesetz etwas geschehen ist, so treten ungeachtet eines dabei zu Grunde liegenden Irrthums die gesetzlichen Folgen ein, wie z. B. wenn ein Geschäft ohne Anwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen abgeschlossen ist, **l. 4. qui test. fac. poss.** (28, 1), oder wenn eine verbotene Ehe eingegangen wird, **l. 1. C. de interd. matrim.** (5, 6) od. dgl. m.

3) Wenn an den Ablauf eines **tempus** *continuum* gesetzlich ein Rechtsverlust geknüpft ist, so schützt dagegen der Regel nach keinerlei Berufung auf Irrthum, vgl. z. B. **l. 12. §. 3. fin. C. de praescript. longi temp.** (7, 33), **l. 3. fin. C. de praescr. XXX annor.** (7, 39).

4) Wenn eine **obligatio naturalis** erfüllt worden ist, so findet keine **condictio** Statt, wenn die Zahlung auch in noch so entschuldbarem Irrthume geschehen sein sollte, **l. 64. de cond. indeb.** (12, 6), **l. 10. de O. et A.** (44, 7).

5) Wenn Jemand irrthümlich eine gute Gelegenheit zu Erlangung eines Vortheils oder zu Erwerbung eines Rechts, zu welchem er übrigens keine Anwartschaft hat, versäumt, so kann

ihm seine nachträgliche Berufung auf Irrthum begreiflich nichts helfen.

6) Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand sich seine Lage weniger vortheilhaft vorstellt, als sie wirklich ist, z. B. es kauft Jemand eine Sache von einer Person, die er nicht für den Eigenthümer hält, die es aber doch wirklich ist. Hier bleibt regelmäßig der Irrthum ohne allen Einfluß, **quia plus in re est, quam in existimatione, l. 9. §. 4. h. t.**

II. Von diesem Grundsatze gibt es aber allerdings zahlreiche Ausnahmen, und besonders sind es folgende Fälle, in denen der Irrthum rechtliche Berücksichtigung finden muß:

1) Was man nicht weiß, kann man begreiflich auch nicht wollen, *„errantis nulla est voluntas"*, **l. 20. de aqua pluv.** (39, 3), **l. 8. C. h. t.**, vgl. **l. 15. de jurisd.** (2, 1), **l. 2. pr. de judic.** (5, 1), **l. 116. §. 2. de R. J.**, **l. 9. C. h. t.**, und aus diesem Satze, dessen innere Wahrheit keinem Zweifel unterliegt, geht eine Reihe wichtiger Konsequenzen hervor:

a) Wenn bei einem Rechtsgeschäfte, z. B. einer Tradition, einer letztwilligen Verfügung, einem Vertrage u. dgl. ein Irrthum in der Weise vorgekommen ist, daß derselbe nicht etwa nur solche Umstände, die blos auf die Entstehung des Willens von Einfluß sind, sondern vielmehr den wesentlichen Inhalt der Willenserklärung betrifft, so ist offenbar nur der trügerische Schein eines Willens, aber nicht der Wille vorhanden, dessen Dasein die wesentliche Voraussetzung dieses Rechtsgeschäfts ist, und als nothwendige Folge davon stellt sich also die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts heraus. Wenn man dies gewöhnlich so auszudrücken pflegt, ein Rechtsgeschäft sei wegen wesentlichen Irrthums nichtig, wenn man also die Nichtigkeit als die Wirkung des Irrthums betrachtet, so ist dieser Ausdruck allerdings nicht ganz scharf, denn eigentlich ist nicht der Irrthum, sondern nur das Nichtvorhandensein des erforderlichen Willens der Grund, weßhalb das fragliche Rechtsverhältniß nicht zu Stande kommt. — Ueber das Einzelne, namentlich über die wichtige Frage, welcher Irrthum bei den einzelnen Rechtsgeschäften als ein wesentlicher zu betrachten sei, muß natürlich an den betreffenden Orten geredet werden, vgl. z. B. §. 311. Anm. 3, §. 431. Anm. 2, §. 604. Anm.

b) Sehr oft muß wegen eines Irrthums die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung in solchen Fällen ausgeschlossen werden, in denen ohne den Irrthum allerdings eine schlüssige Handlung vorliegen würde, und zwar auch dieses augenscheinlich wegen der Regel: **errantis non est voluntas.** Wenn sich also z. B. Jemand bei einem inkompetenten Gerichte

einläßt, weil er es irrthümlich für das kompetente gehalten hat, so darf in einer solchen Einlassung keine **tacita fori prorogatio** gefunden werden, obwohl dies ohne den Irrthum allerdings der Fall gewesen sein würde, **l. 15. de jurisd. (2, 1), l. 2. pr. de judic. (5, 1).** Vgl. auch **l. 20. pr., l. 22. de acq. v. om. her. (29, 2), l. 20. de aqu. pluv. (39, 3).** Hierher gehört auch der in zahlreichen Anwendungen in unsren Quellen ausgesprochene Satz, daß, wenn Jemand eine irrige Ansicht über die rechtlichen Verhältnisse eines Dritten hat, und diese seine Ansicht mit ausdrücklichen Worten oder thatsächlich zu erkennen gibt, dies nicht als eine ihn bindende Anerkennung aufgefaßt werden darf, und wenn ich also z. B. Jemanden, den ich irrig für den Besitzer halte, mit einer **rei vindicatio** belange (welche Klage bekanntlich nur gegen den Besitzer angestellt werden kann), so darf dies nicht als Verzicht auf den Besitz angesehen werden, und ich kann noch immer das **interdictum Uti possidetis** gebrauchen, **l. 12. §. 1. de acqu. poss. (41, 2)**, oder wenn ich die **actio familiae herciscundae** gegen Jemanden anstelle, so setze ich dabei allerdings voraus, daß der Beklagte mein Miterbe sei, aber es ist dies kein Eingeständniß, und wenn ich nachher meinen Irrthum erkenne, so kann ich noch immer die **heredit. petitio** gebrauchen, **l. 37. [38] fam. herc. (10, 2)**, vgl. unten §. 514. T. 4. S. auch z. B. **l. 19. de inoff. test. (5, 2) [verb.: nec enim quae rel.], l. 8. de H. P. (5, 3), l. 54. de R. V. (6, 1), l. 20. pr. fam. herc. (10, 2); l. 79. de legat. II., l. 2. §. 7, l. 13. §. 10. de jure fisci (49, 14), l. 4. 5. 8. 9. C. h. t., l. 18. C. de R. V. (3, 32).**

c) Aus demselben Prinzip: **errantis nulla est voluntas**, geht augenscheinlich auch der Satz hervor, daß *dolus* und *mala fides* durch Irrthum ausgeschlossen werden, und wenn also das Gesetz bestimmte Nachtheile an das Dasein von **dolus** oder **mala fides** anknüpft, so werden diese Nachtheile durch Irrthum abgewendet, **l. 25. §. 6. de H. P. (5, 3), l. 36. §. 1, l. 37. pr. de usurp. (41, 3), §. 5. J. de usuc. (2, 5).**

2) Nach römischem Rechte sind mit der ***bonae fidei possessio*** wesentliche Vortheile verbunden (Möglichkeit der Usukapion, eigenthümlicher Fruchterwerb, **actio Publiciana**). Im Begriffe der **bonae fidei possessio** liegt aber die Voraussetzung des Irrthums, und insofern ist also Irrthum die wesentliche Bedingung für jene wichtigen Rechte.

3) Wenn die Gesetze von dem Ablauf eines **tempus** ***utile*** einen Rechtsverlust abhängig machen, so werden in der Regel auch diejenigen Zeittheile, in denen Jemand wegen Irrthums an der Vornahme einer Handlung gehindert ist, von der gesetzlichen Zeit

ausgeschieden, und der Irrende bleibt also von den Nachtheilen befreit, l. 2. pr. quis ordo (38, 15), l. 15. §. 5. quod vi aut clam (43, 24), l. 6. de calumn. (3, 6), l. 55. de aed. ed. (21, 1), l. 19, l. 22. §. 2. C. de jure delib. (6, 30), Gai. II. 171 sqq., vgl. unten §. 195.

4) Irrthum ist auch einer der Restitutions-Gründe, worüber das Nähere unten §. 186.

5) Wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, so kann in der Regel von einer Rückforderung des Gezahlten nicht die Rede sein, während irrthümliche Zahlung eines indebitum die condictio indebiti begründet, vgl. darüber unten §. 625.

6) Eine wesentliche Voraussetzung für die Zuständigkeit der Aedilitischen Klagen ist die Unbekanntschaft des Käufers mit den ediktmäßigen Mängeln, also Irrthum, l. 14. §. 10. de aedil. edict. (21, 1), und eben so fällt auch der Anspruch auf Eviktionsleistung dann hinweg, wenn der Erwerber wissentlich eine fremde Sache an sich bringt, l. 27. C. de evict. (8, 45), l. 7. C. comm. utriusque jud. (3, 38), vgl. auch unten §. 610. Anm. 5. — Aehnlich ist auch der, für uns freilich unpraktische Fall der l. 16. §. 2. de liber. causa (40, 12).

7) Wenn Jemand einem filiusfamilias, den er irrthümlich für einen homo sui juris hält, ein Gelddarlehn gibt, so fällt wegen dieses Irrthums die sonst begründete exceptio SCti Macedon. hinweg, l. 3. pr. §. 1, l. 19. de SC. Maced. (14, 6), l. 1. 2. C. eod. (4, 28), vgl. §. 245. Anm. bei 2. a., und eben so fällt die exceptio SCti Vellejani hinweg, wenn der Gläubiger in einen Irrthum über das Dasein einer muliebris intercessio befangen ist, l. 6, l. 7, l. 12, l. 17. pr. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), vgl. §. 581. Anm. 1. bei Nr. 5.

III. Es liegt sehr in der Natur der Sache, daß da, wo überhaupt rechtlich auf den Irrthum Rücksicht genommen wird, ein Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum gemacht werden muß, und der Regel nach nur der entschuldbare Irrthum auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, vgl. auch l. 3. §. 1, l. 6, l. 9. §. 2. 3. h. t. u. v. a. So natürlich nun aber auch diese Regel ist, eben so natürlich und nothwendig ist auch eine durchgreifende Ausnahme von dieser Regel. In allen Fällen nämlich, in denen der Grundsatz: errantis nulla est voluntas zur Anwendung kommt (vgl. II. 1.), kann kein Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum gemacht werden; denn da hier nicht eigentlich von Wirkungen des Irrthums die Rede ist, sondern gewisse rechtliche Folgen nur darum nicht eintreten, weil der zur Hervorbringung dieser

Folgen nothwendige Willen fehlt, dieser Wille aber unzweifelhaft ebenso durch einen unentschuldbaren, wie durch einen entschuldbaren Irrthum ausgeschlossen wird: so muß nothwendig auch der erstre gerade so gut, wie der letztre berücksichtigt werden. Wenn also z. B. Jemand aus einem groben Rechtsirrthum ein inkompetentes Gericht, bei welchem er belangt ist, für ein kompetentes hält, und sich deßhalb dort auf die Klage einläßt, so kann trotz des unentschuldbaren Irrthums doch keine **tacita prorogatio** angenommen werden, eben weil es an dem **animus prorogandi** fehlt, und eben so kann offenbar derjenige, welcher in grobem Rechtsirrthum sich für den Erben hält, ungeachtet des unentschuldbaren Irrthums nicht als bösgläubiger Besitzer behandelt werden. — Gerade weil in Fällen dieser Art eigentlich nicht von Wirkungen des Irrthums gesprochen werden kann, schlägt jetzt Savigny S. 440 fgg. hierfür den Namen: unechter Irrthum vor, und wenn mir auch die Ausdrücke: echter und unechter Irrthum, nicht besonders gut gewählt zu sein scheinen, so ist doch der Gegensatz selbst, wie aus dem Vorhergehenden erhellt, ungeachtet der gewiß unbedeutenden Einwendungen Herrmann's a. a. O. **III.** S. 198 fgg. sehr richtig und folgenreich. Die Gesetze stimmen hiermit auch vollständig überein, denn während in allen übrigen Fällen stets zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum unterschieden wird (vgl. die vorher bei Nr. 2 bis 7. bemerkten Nachweisungen), kommt in den Fällen des s. g. unechten Irrthums nicht nur keine Spur einer solchen Unterscheidung vor — (die **l. 15. §. 1. de contr. emt. 18. 1.** wird ganz ohne Grund von Herrmann S. 221. auf einen Fall des unechten Irrthums bezogen) —, sondern es wird vielmehr öfter ausdrücklich hervorgehoben, daß auch Rechts-Irrthum (d. h. unentschuldbarer Irrthum, s. nachher Nr. **IV.**) berücksichtigt werde, vgl. z. B. **l. 25. §. 6. de hered. pet. (5, 3), l. 79. de leg. II., l. 36. §. 1, l. 37. pr. de usurp. (41, 3).**

IV. Mit diesem Unterschiede zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum steht die Eintheilung in **error** *juris* und **error** *facti* in unmittelbarem Zusammenhange.

1) Da der Staatsbürger verpflichtet ist, das Recht seines Landes, soweit es in seine Verhältnisse eingreift, kennen zu lernen, und die Erfüllung dieser Verbindlichkeit in den meisten Fällen bei der Stätigkeit und Abgegrenztheit des Rechts nicht besonders schwierig ist: so liegt es ganz in der Natur der Sache, daß der Rechtsirrthum in der Regel unentschuldbar ist, während umgekehrt, da die angedeuteten Gründe hier völlig wegfallen, der faktische Irrthum in der Regel als entschuldbar erscheint; **l. 2. h. t.**

Nerat. „In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat";

l. 9. pr. h. t.:

Paul. „Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere".

2) Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen, d. h. es gibt Fälle des entschuldbaren error juris und des unentschuldbaren error facti.

a) Ein Rechtsirrthum ist ausnahmsweise dann entschuldbar, wenn es dem Irrenden an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gefehlt hat, l. 9. §. 3. h. t.

Paul. „Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, *si jurisconsulti copiam haberet*, vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia; quod raro accipiendum est";

vgl. auch l. 10. de bon. poss. (37, 1), l. 2. fin. quis ordo (38, 15). Da diese Entschuldbarkeit nur eine Ausnahme bildet, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Beweis hier stets dem Irrenden aufgelegt werden muß.

b) Der faktische Irrthum ist ausnahmsweise dann unentschuldbar, wenn er auf einer groben Nachlässigkeit beruht, l. 9. §. 2. h. t.:

Paul. „Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, *si non ei summa negligentia objiciatur;* quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit";

vgl. l. 3. §. 1, l. 6. h. t., l. 11. §. 11. de interrog. in jure fac. (11, 1), l. 3. pr. de SC. Maced. (14, 6), l. 15. §. 1. de contr. emt. (18, 1), l. 14. fin., l. 55. de aed. ed. (21, 1), und namentlich wird dies leicht bei einem Irrthum über eigene Handlungen angenommen werden müssen, l. 3. pr. h. t., l. 7. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 5. §. 1. pro suo (41, 10). Da übrigens hier die Unentschuldbarkeit die Ausnahme bildet, so liegt natürlich der Beweis der lata culpa immer demjenigen ob, der sie dem Irrenden vorwirft, und dieser hat nur den Beweis des Irrthums selbst zu führen.

Nach dem hier Bemerkten versteht sich von selbst, daß die Regel: „juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero

ignorantiam non nocere" auch eben nur als R e g e l aufgefaßt werden darf, indem es doch auch eine entschuldbare **juris ignorantia** gibt, welche **non nocet**, und eine unentschuldbare **facti ignorantia**, welche **nocet**.

3) Dieser eben angedeuteten Regel muß aber in ihrer ersten Hälfte „**juris quidem ignorantiam cuique nocere**" auch noch von einer andren Seite her eine Beschränkung zugefügt werden. Hält man nämlich fest, daß der Gegensatz von **error facti** und **error juris** seine wahre Bedeutung nur in dem höheren Gegensatz von entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum findet, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Unterschied zwischen faktischem und Rechts-Irrthum überall gänzlich verschwinden muß, wo auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nichts ankommt, d. h. in den Fällen des s. g. unechten Irrthums muß der Rechtsirrthum gerade so gut, wie der faktische Irrthum berücksichtigt werden, und für diese Fälle muß man also allerdings sagen, **juris ignorantiam** *non* **nocere**. Die Gesetze bestätigen dies auch mehrfach, vgl. die am Ende von Nr. III. angeführten Stellen, und davon kommt nur e i n e sehr begreifliche Modifikation vor. Wir haben oben gesehen, daß der Begriff des Dolus durch j e d e n Irrthum, auch den unentschuldbaren, ausgeschlossen wird, und konsequent wenden dies die Gesetze denn auch auf den R e c h t s irrthum an, vgl. bes. **l. 25. §. 6. de hered. pet. (5, 3)**: „**Et non puto, hunc esse praedonem**, *qui dolo caret, quamvis in jure erret*". Dies leidet nun aber die sehr natürliche Ausnahme, daß, wenn Jemand ein Strafgesetz übertritt, die Unbekanntschaft mit dem übertretenen Strafgesetze selbst — abgesehen von den in Betreff des Rechtsirrthums privilegirten Personen — regelmäßig nicht berücksichtigt wird, und den Irrenden also die volle Strafe des **dolus** gerade so trifft, wie wenn er das Strafgesetz gekannt hätte, vgl. z. B. **l. 1, l. 11. §. 4. de his qui notant. (3, 2), l. 15. pr. ad leg. Cornel. de fals. (48, 10) u. a. m.**

V. So wünschenswerth es m. E. gewesen wäre, wenn das römische Recht bei den in der vorigen Nummer aufgestellten Grundsätzen über Rechtsirrthum stehen geblieben wäre, weil dadurch in völlig genügender Weise der besondren Natur desselben Rechnung getragen ist: so ist dies doch entschieden nicht der Fall, indem nach klaren gesetzlichen Aussprüchen in Betreff des Rechtsirrthums auch noch ein Unterschied zwischen ***damna*** und ***compendia*** gemacht wird, **l. 7. h. t.**:

***Papinian.* libr. XIX. Quaest.: „Juris ignorantia non**

prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet";

l. 8. eod.:

Papinian. **libr. I. Definit.: „Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; juris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet";**

und eine Hindeutung auf diesen Unterschied enthält auch **l. 11. C. h. t.:**

Constantin. **„Quamvis** *in lucro* **nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat" rel.**

cf. l. 3. C. Th. de sponsal. (3, 5). In der **l. 8. cit.** ist ganz unzweideutig gesagt „bei dem **error facti** sei kein Unterschied zwischen **damna** und **compendia**; auf einen *error juris* dagegen könne man sich zwar allerdings in *damnis*, aber nicht auch in *compendiis* berufen", und ganz denselben Gedanken spricht **l. 7. cit.** aus, nur daß hier Statt **in damnis** gesagt ist: *suum petentibus*, und Statt **in compendiis** es dort heißt, *acquirere volentibus.* — Sehen wir zunächst noch ganz von der gewiß verwerflichen Meinung ab, daß die mitgetheilten Stellen nicht zu beachten seien, indem sie nur „einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips enthielten" (Savigny a. a. O. S. 346.): so sind es besonders zwei Fragen, zu welchen diese Aussprüche Papinian's Veranlassung geben:

1) Ist unter dem **error juris**, auf welchen man sich bei einem **damnum** berufen darf, nur ein entschuldbarer, d. h. ein solcher zu verstehen, bei welchem es an der Gelegenheit der Rechtsbelehrung fehlte? oder wird bei einem **damnum** der Rechtsirrthum überhaupt berücksichtigt, so daß also auch die Möglichkeit der Rechtsbelehrung der Berufung darauf nicht im Wege steht? Nimmt man die erstre Meinung an, so versteht sich die weitere Folgerung von selbst, daß man sich bei einem **compendium** auf gar keinen, auch nicht auf einen völlig entschuldbaren Rechtsirrthum berufen darf. Folgt man aber der zweiten Meinung, so wäre der vollständige Gedanke Papinian's der: „bei einem **damnum** kann man sich auf jeden, bei einem **compendium** aber nur auf denjenigen Rechtsirrthum berufen, bei dem keine Rechtsbelehrung möglich war". Diese letztre Ansicht war von jeher die herrschende, und man begründet sie hauptsächlich dadurch, daß entschuldbarer Rechtsirrthum ja nur eine seltene Ausnahme sei (**„quod raro accipiendum est" l. 9. §. 3. h. 1.**), und man also bei dem allgemeinen Ausdruck **error juris** gewiß nicht gerade diesen seltenen Fall im Auge haben dürfe, und weiter darauf, daß es doch offen-

bar höchst unnatürlich sein würde, Fälle zu statuiren, in denen selbst ein völlig schuldloser Rechtsirrthum, also ein solcher, bei welchem Rechtsbelehrung unmöglich war, gar nicht berücksichtigt werden dürfe. Obwohl ich das Gewicht dieser Gründe nicht verkenne, und obwohl mich die Geringschätzung, mit welcher man neuerlich die entgegenstehende Ansicht zu behandeln pflegt, zu wiederholter schärfster Prüfung aufgefordert hat, so kann ich doch auch noch jetzt, eben so wie in der ersten Auflage dieses Buchs, nur die erste der oben angedeuteten Meinungen für die richtige halten, und ich glaube also auch noch jetzt, daß man nach römischem Rechte sich bei einem **damnum** nur auf einen entschuldbaren, bei einem **compendium** aber auf gar keinen Rechtsirrthum berufen darf. Es ist zweifellos, daß im römischen Rechte derjenige Rechtsirrthum, bei welchem die vorhandene Gelegenheit zur Rechtsbelehrung versäumt ist, demjenigen faktischen Irrthum gleichsteht, bei welchem eine *summa negligentia* vorkommt, und wenn man sich also **in damnis** auf einen Rechtsirrthum jener Art berufen dürfte, so wäre die unvermeidliche Konsequenz die, daß hierbei auch ein gröblich verschuldeter faktischer Irrthum berücksichtigt werden müßte. Ist das aber wohl glaublich? und wie vertrüge sich dies mit dem bekannten, so natürlichen Grundsatze, **qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intelligitur**? Das Richtige ist vielmehr dieses. Papinian will offenbar in **l. 8. cit.** nicht die vollständige Theorie des Irrthums aufstellen, sondern lediglich die verschiedene Behandlung des Irrthums bei **damna** und bei **compendia** andeuten, und er setzt also sehr natürlich bei dieser Erörterung den allgemeinen Grundsatz, daß unentschuldbarer Irrthum überhaupt nicht berücksichtigt werde, als selbstverstanden voraus, d. h. er hat sowohl bei dem faktischen Irrthume, wie bei dem **error juris**, einen an sich entschuldbaren im Auge, und sein Gedanke ist also nur dieser:

> „Ein faktischer Irrthum — natürlich, wenn er überhaupt entschuldbar ist, d. h. nicht auf einer groben Nachlässigkeit beruht — findet sowohl **in damnis**, als **in compendiis** Berücksichtigung. Auf einen Rechtsirrthum dagegen — versteht sich, wenn er überhaupt entschuldbar ist, d. h. wenn man keine Gelegenheit zur Rechtsbelehrung hatte — kann man sich zwar wohl **in damnis**, aber nicht auch **in compendiis** berufen".

Bei dem ersten, von faktischen Irrthume handelnden Satze, nimmt auch wirklich Niemand Anstand, den Gedanken Papinian's in der angedeuteten Weise zu ergänzen; dann aber sind wir m. E. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dies eben so bei dem zweiten, von dem Rechtsirrthum handelnden Satze zu thun. Daß

hiernach in **compendiis** selbst unvermeidlicher, und also gewiß schuldloser Irrthum keine Berücksichtigung finden soll, erscheint zwar allerdings singulär, aber dieser Schein wird zum großen Theile verschwinden, wenn man von einem richtigen Begriffe der **compendia** ausgeht (s. nachher bei 2.), und in jedem Falle ist diese Singularität sehr viel geringer, als wenn man in Folge der gegnerischen Ansicht annehmen müßte, daß man sich in **damnis** auf einen jeden, auch gröblich verschuldeten, Irrthum mit Erfolg berufen dürfe.

2) Die zweite wesentliche Frage ist, was unter den *damna* und was unter den *compendia* zu verstehen sei? Nach dem Sprachgebrauch unsrer Quellen ist eine zwiefache Bedeutung möglich. Es kann nämlich unter dem **damnum** entweder nur der positive Schaden, das s. g. **damnum emergens**, verstanden werden, wo dann natürlich unter dem **compendium** der s. g. negative Schaden, das **lucrum cessans** zu verstehen wäre, oder es kann auch unter dem **damnum** aller und jeder Schaden, der positive, wie der negative, begriffen sein, wornach dann unter den **compendia** diejenigen Fälle enthalten wären, in denen der Irrthum der Grund eines Gewinnes sein würde, welcher ohne den Irrthum nicht hätte gemacht werden können. Die erstre Meinung ist die herrschende, die letztre aber m. E. die allein richtige, und zwar dürften dafür folgende Hauptgründe entscheiden.

a) Daß diese Ansicht dem römischen Sprachgebrauch vollkommen angemessen ist, kann keinen Zweifel leiden, indem darnach öfter unter dem **damnum** auch das s. g. **lucrum cessans** verstanden wird, vgl. z. B. **l. 33. pr. ad leg. Aquil. (9, 2)**:

> *Paul.* **„In lege enim Aquilia** *damnum* **consequimur, et amisisse dicemur,** *quod aut consequi potuimus,* **aut erogare cogimur"**;

l. 2. §. 11. ne quid in loc. publ. (43, 8):

> *Ulp. „Damnum* **autem pati videtur,** *qui commodum amittit,* **quod ex publico consequebatur, qualequale sit"**,

§. 10. I. de leg. Aquil. (4, 3), l. 11. ad. exhib. (10, 4), l. 13. rat. rem haberi (46, 8) u. a. m. (Gerade der Gegensatz, der unsrer Ansicht gemäß in der **l. 8. cit.** zwischen **damnum** und **compendium** angenommen werden muß, kommt in der [richtig verstandenen] **l. 71. (73) §. 1. de furt. (47, 2)** zwischen **damnum** und **lucrum** vor). — Daß mit dieser Deutung auch die Ausdrücke der **l. 7. cit.** *„acquirere volentibus"* und *„suum petentibus"* sehr gut vereinigt werden können, bedarf wohl eben so wenig einer besondren Ausführung, als daß in **l. 8. cit.** keine

reelle Unterscheidung zwischen **damnum rei amissae** und **damnum rei amittendae** gemacht werden darf.

b) Zwischen **damnum emergens** und **lucrum cessans** einen so wesentlichen Unterschied zu statuiren, wie es die gegnerische Ansicht annimmt, kann gewiß nicht gebilligt werden, weil überhaupt beide Arten des Schadens juristisch ganz gleich behandelt zu werden pflegen, vgl. auch §. 571. Anm. 3. bei Nr. 1. Wie natürlich diese Gleichstellung gerade auch in der Lehre vom Irrthum ist, geht auch schon daraus hervor, daß beide in dem einen wesentlichen Grundbegriffe zusammenstimmen, daß wir etwas nicht haben, was wir ohne den Irrthum haben würden. Sehr natürlich und begreiflich ist dagegen die verschiedene Behandlung des **damnum** und **compendium** in unsrem Sinne, denn wenn das leztre hiernach darin besteht, daß wir etwas haben wollen, was wir ohne den Irrthum nicht gehabt hätten, so kann es wahrlich nicht auffallen, daß hierbei die Berücksichtigung des Irrthums in die möglichst engen Schranken zurückgewiesen wird.

c) Diese Ansicht wird auch noch besonders dadurch unterstützt, daß wir in den Gesetzen Fälle des **lucrum cessans** finden, in denen der Rechtsirrthum — natürlich nur der an sich entschuldbare — berücksichtigt wird, und namentlich ist dieses der Fall, wenn Jemand aus Rechtsirrthum die Fristen der **bonor. possessio** versäumt, **l. 10. de bon. poss.** (37, 1), **l. 2. fin. quis ordo in poss. serv.** (38, 15).

d) Freilich könnte man möglicher Weise dieser Ansicht entgegenhalten, daß Irrthum niemals der Grund positiver Vortheile sein könne, indem vernünftiger Weise die Berücksichtigung des Irrthums doch nie weiter gehen dürfe, als daß dem Irrenden aus seinem Irrthume kein Schaden erwachse; und wenn nun dennoch in **l. 8. cit.** die Berufung auf faktischen Irrthum **in compendiis** zugelassen werde, so dürfe dies nicht von positiven Vortheilen, sondern nur von einem **lucrum cessans** verstanden werden. Zur Entkräftung dieses Einwands braucht aber nur auf die positiven, mit der **bonae fidei possessio** verknüpften Vortheile hingewiesen zu werden, und gerade hierbei — Usukapion und unmittelbarer Eigenthumserwerb an den *fructus naturales* — muß also namentlich Papinian's Regel, daß selbst entschuldbarer Rechtsirrthum nicht berücksichtigt werden dürfe, vorzugsweise zur Anwendung kommen, vgl. **l. 31. pr. de usurp.** (41, 3): „*Nunquam* **in usucapionibus juris error possessori prodest**", **l. 24. pr., l. 32. §. 1. eod., l. 4. h. t., l. 2. §. 15. pro emt.** (41, 4) — **l. 45. §. 1. de usur.** (22, 1), vgl. §. 326. Anm. 2. —

Soviel zur Erklärung der l. 7 und 8. **citt.**, deren einfacher Sinn hiernach nur folgender ist:

„In den Fällen, in denen überhaupt eine Berücksichtigung des Irrthums zulässig ist, darf man sich auf entschuldbaren faktischen Irrthum stets berufen, einerlei ob man einen durch den Irrthum hervorgerufenen Nachtheil beseitigen, oder durch den Irrthum einen Vortheil erlangen will. Dagegen ist die Berufung auf einen entschuldbaren Rechtsirrthum nicht so unbedingt gestattet, denn dieselbe ist gänzlich ausgeschlossen, wenn man durch den Irrthum einen Vortheil erlangen will, und nur dann kann Rechtsirrthum Berücksichtigung finden, wenn ein dadurch erzeugter Nachtheil abgewendet werden soll".

Die Ansichten der Rechtslehrer waren von jeher sehr getheilt. Unter den Aelteren sind bes. hervorzuheben *Donell.* **comm. jur. civ. l. c. 21. §. 15 sqq.** und *Cujac.* **Obss. V. 39, Quaest. Papinian. libr. XIX. ad l. 7. cit., in opp. IV. p. 502 sqq.** und **Recitt. ad Dig. ad h. l. in opp. VII. p. 890 sqq.**, vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 408 fgg. Unter den Neueren aber sind bes. zu nennen Mühlenbruch a. a. O., Glück a. a. O. S. 316 fgg., Savigny a. a. O. S. 344 fgg., Herrmann a. a. O. V. S. 138 fgg. Eine Kritik dieser verschiedenen Ansichten würde eine eigene umfassende Abhandlung erfordern, und ich muß mich hier auf die Bemerkung beschränken, daß m. E. gerade die neuesten Erklärungs-Versuche der l. 7 und 8. **citt.** die am wenigsten befriedigenden sind. Savigny a. a. O. will nämlich, wie ich schon oben andeutete, die beiden Stellen ganz ignoriren, weil sie einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips enthielten; ein Tadel, der freilich nicht sowohl Papinian treffe — denn dieser habe ursprünglich gewiß nicht von dem Irrthum überhaupt, sondern nur von dem Irrthum der Frauen gesprochen —, als vielmehr die Kompilatoren Justinian's, welche durch unverständige Interpolation Papinian's Ausspruch fälschlich generalisirt hätten! — Herrmann a. a. O. will dagegen aus unsren beiden Stellen einen Unterschied zwischen *compendia, damna* und *damna amittendae rei suae* ableiten, und bestimmt diese Begriffe in origineller Weise so, daß unter den *compendia* die zweiseitigen onerosen Geschäfte (die ja in der Absicht zu gewinnen abgeschlossen werden!) und die Ersitzung, unter den *damna* die Versäumnisse, durch welche eine Anwartschaft verloren gehe, unter den *damna amittendae rei suae* die Donationen (wobei man sich natürlich auf den Standpunkt des Donans stellen müsse) und die **solutio sine causa**, namentlich die **solutio indebiti** zu verstehen seien; bei den **compendia** und den **damna** dürfe man sich nur auf

verzeihlichen Irrthum berufen, also auf Rechtsirrthum in der Regel nicht, bei den **damna amittendae rei suae** dagegen müsse auch unverzeihlicher Irrthum, also namentlich auch Rechtsirrthum, berücksichtigt werden!! — Ganz beiläufig hat neuerlich noch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 330. eine neue Erklärung der l. 7. cit. angedeutet, die dahin geht, das **acquirere volentibus** gehe lediglich auf Usukapion, und der Satz: **suum petentibus error juris non nocet** bedeute blos, daß dem Diebe gegenüber die Verwechslung der Vindikation auf **suum esse** mit einer Kondiktion auf **dare oportere** dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztre Klage gegen den Dieb tenent sein solle! Ueber die l. 8. cit. hat sich Rudorff hierbei nicht ausgesprochen. —

Anm. 2. Ueber die Begriffe von **error *juris*** und **error *facti*** vgl. l. 1. pr. §. 1 sqq. h. t. — Irrthum über kontroverses Recht: Savigny a. a. O. S. 337 fgg. — über partikulares und Gewohnheits-Recht: Volkmar, Beiträge zur Theorie des Gew. Rechts S. 83 fgg., Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 217 fgg., Herrmann a. a. O. IV. S. 382 fgg. — Irrthum in der Subsumtion von Thatsachen unter eine Rechtsregel: Savigny S. 327 fgg., S. 338 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 78, Herrmann a. a. O. III. S. 92 fgg.

Anm. 3. Ueber die in Rücksicht des Rechtsirrthums privilegirten Personen vgl. Hufeland, Geist des röm. Rechts. Bd. I. Abh. 5. S. 231 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 431 fgg., Glück a. a. O. S. 345 fgg., Savigny a. a. O. S. 429 fgg.

---

3) Betrug. §. 84.

Dig. IV. 3; Cod. II. 21. de dolo malo. — Savigny III. S. 115 fgg.; vgl. auch unten §. 185. Anm., §. 431. Anm. 3, §. 605. Anm. 1.

C. Ernstlichkeit des Willens. §. 85.

Cod. IV. 22. plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. — Savigny III. S. 258 fgg.

1) *Paul.* l. 3. §. 2. de oblig. et act. (44, 7): Verborum quoque obligatio constat, *si inter contrahentes id agatur;* nec enim, si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa,

ego tibi dixero: *spondes?* et tu responderis: *spondeo*, nascetur obligatio.

2) *Valerian.* et *Gallien.* l. 1. C. h. t.: In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet. — 3) *Ulp.* l. 36. de contr. emt. (18, 1): Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

III. Von der Willenserklärung. §. 86.

Glück IV. S. 86 fgg. und die dort Angeff., *Heyne* de voluntatis tacite patefactae vi etc. Dresd. 1840, Savigny III. S. 237 fgg., Kritz, Rechtsfälle V. S. 141 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 18. S. 151 fgg.

IV. Von der Einwilligung in fremde Handlungen. §. 87.

V. Insbesondere von der Ratihabition. §. 88.

Busse de ratihabitione. Lips. 1834, Boecking, Institutionen I. §. 116. S. 477 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 18. S. 158 fgg.

1) *Justinian.* l. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. et a parentib. in liberos factis, et *de ratihabitione* (6, 16): Donationes, quas parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eum, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium ejus qui donavit confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverint, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen, ut, si quidem ultra lege definitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint: specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Si vero vel non amplior sit donatio, vel cum

amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, *sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.* Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse.

2) *Idem* l. 7. pr. C. ad SC. Macedon. (4, 20): Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit: veterum ambiguitatem decidentes sancimus: quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur, ita et, si postea pater ratum habuerit contractum, eum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. Necesse est enim, patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, *cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.*

Anm. Ob und inwiefern eine nachher erfolgte Genehmigung zurückgezogen werden könne, ist streitig, und namentlich haben hier die anscheinend generellen Vorschriften Justinians (T. 1 und 2.) Schwierigkeit gemacht, vgl. außer den oben Genannten auch noch Hufeland, Handb. Bd. I. Abh. 4, Fritz, Erläutr. zu Wening S. 203 fgg. Man muß wohl folgende Fälle unterscheiden:

1) Wenn einem Rechtsgeschäft durchaus nur die Einwilligung einer bestimmten Person zu seiner Giltigkeit fehlt, so wird diese, wenn sie nachher erfolgt, auf den Augenblick des abgeschlossenen Geschäfts zurückgezogen. Gesetzt also, A. verpfändet die Sache des B., und dieser ratihabirt nachher, so fängt das Pfandrecht nicht vom Augenblick der Ratihabition, sondern von dem der Pfandbestellung an, **l. 16. §. 1. de pignor.** (20, 1), oder wenn ein Haussohn ein Darlehn ohne Konsens des Vaters aufnimmt, und dieser erfolgt nachher, so ist das Mutuum vom Moment des Abschlusses an giltig, **l. 7. pr. C. ad SC. Maced.** u. s. w. Daß aber diese Rückziehung nicht dahin führen dürfe, daß wohl erworbene Rechte Jemandes gekränkt würden, versteht sich von selbst, und wenn also z. B. **A.** die fremde Sache des **X.** im Jahr 1 dem **B**, im Jahr 2 dem **C**, hierauf **X**. selbst die Sache im Jahr 3

dem D. verpfändet, und dann die beiden von A. bestellten Pfandrechte ratihabirt, so rangiren sich die 3 Gläubiger so, daß zuerst D., dann B. und zuletzt C. kommt.

2) Wenn ein Rechtsgeschäft zwar an andren Mängeln leidet, die aber so beschaffen sind, daß sie durch die blose Einwilligung gehoben werden können, oder m. a. W., wenn ein Rechtsgeschäft wegen eines Mangels reszindirt werden konnte, statt dessen aber erfolgt Einwilligung, so muß auch hier die Einwilligung auf den Moment des abgeschlossenen Geschäfts zurückgezogen werden. Dahin gehört insbesondere der von Justinian in l. 25. cit. entschiedene Fall; dahin müssen aber auch analog noch andre gezogen werden, wie namentlich, wenn ein Geschäft wegen Zwangs, Irrthums, Betrugs, wegen einer **laesio enormis** u. dgl. m. angefochten werden könnte, statt dessen aber erfolgt nochmalige Einwilligung.

3) Wenn aber ein Rechtsgeschäft an einem, von der Einwilligung ganz unabhängigen, also durch Einwilligung nicht zu hebenden Mangel leidet, und die Ratihabition erfolgt später, nachdem dieser anderweitige Ungiltigkeitsgrund hinweggeräumt ist, so kann die Genehmigung nicht auf den Anfang, sondern durchaus nur auf den Augenblick, wo der anderweitige Mangel gehoben ist, zurückgezogen werden, vgl. auch l. 4. §. 6. **de offic. procons.** (1, 16), l. 27, l. 65. §. 1. **de R. N.** (23, 2), in welchen Gesetzen man also keine Ausnahmen, wie Viele wollen, sondern nur konsequente Anwendungen eines Prinzips erblicken kann.

4) Welchen Einfluß eine Ratihabition auf eine vorgängige **negotiorum gestio** habe, ist am Beßten bei Gelegenheit der Geschäftsführung zu besprechen; vgl. unten §. 664. Anm. bei III.

Abschnitt II.

Von den Rechtsgeschäften.

I. Begriff und Hauptarten. §. 89.

Papinian. l. 77. de R. J.: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. (Die Florent. läßt das non vor recipiunt weg, und liest statt emancipatio — man-

cipatio; vgl. auch Basil. II. 3. 77, und wohl auch Vat. fr. §. 329).

II. Bestandtheile (essentialia, naturalia, accidentalia). §. 90.

III. Erfordernisse. §. 91.

Insbesondere von den Formen der Rechtsgeschäfte. §. 92.

IV. Nebenbestimmungen.

Dig. XXXV. 1. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; Cod. VIII. 55. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur.

A. Conditio.

Dig. XXVIII. 7. de conditionibus institutionum; Cod. VI. 25. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis; Cod. XI. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. — *Balduini* commentarius de conditionibus (in Heineccii jurispr. Rom. et Attica I. pag. 323 sqq.); *Donelli* comment. jur. civil. lib. VIII. c. 30 sqq., lib. XV. c. 11. 12; Glück IV. S. 472 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 95 fgg., Mühlenbruch, Forts. XLI. S. 45 fgg., Savigny, Syst. III. S. 120 fgg. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 761 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 20. S. 166 fgg., Götting über das Wesen der Susp. Bedingung, in der Gieß. Zeitschr. N. F. I. S. 240 fgg.

1) Begriff und Arten. §. 93.

1) §. 6. J. de verb. oblig.: Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt, velut: si Titius consul fuit, vel: si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio, sin autem ita se habent,

statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

2) *Ulp.* l. 9. §. 1. de novat. (46, 2): Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo extitura est, pure videtur stipulari.

3) *Papinian.* l. 99. de condit. et demonstr.: Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, i. e. quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.

4) *Venulej.* l. 137. §. 6. de V. O. (45, 1): Quum quis sub hac conditione stipulatus sit: si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

5) *Paul.* l. 11. §. 1. de condit. et demonstr.: Item sciendum est, *promiscuas* conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: si Capitolium ascenderit et similia; *non promiscuas* etiam vivo testatore existere posse veluti: si Titius consul factus fuerit. Vgl. hierüber *Endemann* de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. pag. 33 sqq.; Mühlenbruch in der Fortſ. des Glück'ſchen Komment. XXXVI. S. 357. Not. 8).

Anm. 1. Nicht immer iſt ein Rechtsgeſchäft bedingt, wenn die Exiſtenz deſſelben von einem zukünftigen ungewiſſen Thatumſtand abhängt. Es wird nämlich dazu noch weſentlich erfordert, daß der ungewiſſe Thatumſtand durch einen beſondern Willensakt hinzugefügt iſt, und nicht ſchon der Natur des fraglichen Rechtsverhältniſſes nach daſſelbe ſuſpendirt. Iſt das Letztre der Fall, ſo iſt das Rechtsgeſchäft nicht als ein bedingtes anzuſehen, T. 3, ſollte auch wirklich dieſer Thatumſtand noch beſonders in der fraglichen Dispoſition hervorgehoben ſein, denn nicht Alles, was **figuram conditionis** hat, hat auch **vim conditionis, l. 69. de hered. instit.** (28, 5). So wird alſo z. B. ein Legat, dem der Teſtator die

Bedingung beigefügt hat: **si heres hereditatem adierit**, oder dem dieselbe Bedingung, wie der Erbeinsetzung zugefügt ist, nicht als **conditionale**, sondern als **purum** angesehen, was die wichtigsten Folgen in Betreff des **dies legati cedit** hat, **l. 107. de condit. et demonst., l. 22. §. 1. quando dies legator. (36, 2)**; vgl. auch **l. 7. §. 7. eod.** Ist aber in der Zufügung noch etwas mehr enthalten, als das, **quod tacite inest**, so gilt natürlich das Rechtsgeschäft als bedingtes, und so ist z. B. das Legat: **Titio, *si voluerit*, centum do lego** ein wirklich bedingtes, weil der Legatar zur Erwerbung des Vermächtnisses eines positiven Wollens, also eines besondern Willensakts nicht bedarf, sondern ihm das Legat **ipso jure** erworben wird, obwohl es ihm natürlich nicht aufgedrungen wird, und er es also ausschlagen kann: **l. 69. de condit. et demonstr.: Si ita expressum erit: Titio, si voluerit, do lego, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, quia conditio personae injuncta videtur**, vgl. auch **l. 65. §. 1. de legat. 1.** Ganz anders würde hier jeden Falls entschieden sein, wenn der Testator gesagt hätte: **Titio *si non noluerit*, Stichum do lego**, denn hier würde die zugefügte Bedingung nur gerade das ausdrücken, **quod jam tacite legato inest**, vgl. auch Büchel, zivilr. Erörterungen Bd. **II.** S. 5. Da zum Erwerb der Erbschaft, anders wie beim Legat, ein besonderer Willensakt, ein wahres **velle** nöthig ist, so ist es vollkommen konsequent, daß hier die Bedingung: **si volet**, die Erbeinsetzung eines **voluntarius heres** nicht zu einer bedingten macht, **l. 12. de condit. institut.: Verba haec: Publ. Maevius, si volet, heres esto — — in voluntaria heredis persona frustra adduntur**, vgl. **l. 69. de cond. instit. (28, 5).** — In einer Beziehung werden jedoch auch solche **conditiones juris**, wenn sie einem Rechtsgeschäfte ausdrücklich zugefügt sind, wie wirkliche Bedingungen betrachtet. Wenn nämlich ein Rechtsgeschäft so geartet ist, daß ihm überhaupt keine Bedingung zugefügt werden darf, z. B. Erbeinsetzung eines **suus heres**, Acceptilation u. s. w., so darf dies auch nicht mit einer **juris conditio** geschehen, und geschieht es doch, so wird das ganze Rechtsgeschäft gerade so vernichtet, wie wenn eine wahre Bedingung zugefügt wäre, **l. 68. de her. inst. (28, 5), l. 77. 195. de R. J.** — Vgl. überhaupt ***Donell.* cit. cap. 32 init.**, Savigny a. a. O. S. 122 fgg. u. s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 67 fgg., S. 81 fgg.

Anm. 2. Ueber unmögliche Bedingungen vgl. besonders Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. Gießen 1834 (auch als

2ter Theil von dessen Versuchen im Gebiete des Zivilr.), Arndts Beiträge S. 161 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 91 fgg., Savigny a. a. O. S. 156 fgg. Es kommt dabei, abgesehen von den in der Lehre vom Erbrecht näher zu besprechenden Eigenthümlichkeiten der letzten Willen (vgl. darüber §. 434. Anm. 1.), besonders auf folgende Punkte an:

I. Die s. g. physisch unmögliche Bedingung („conditio, quae *natura impossibilis* est“ T. 4.), welche bei letztwilligen Dispositionen für nicht zugefügt gilt (vgl. §. 434.), vernichtet, wenn sie einem Geschäfte unter Lebenden zugefügt ist, das ganze Geschäft. Zwar hat *Richter* de condit. imposs. contractum non vitiante. Lips. 1747. weitläufig darzuthun gesucht, daß die Bedingung auch hierbei vielmehr für gar nicht hinzugefügt zu achten sei, aber er geht dabei von schiefen allgemeinen Grundsätzen aus, und ignorirt die klarsten Gesetze, vgl. z. B. §. 11. J. de inut. stipul. (3, 19), vgl. mit *Gai.* III. 98, l. 1. §. 11, l. 31. de O. et A. (44, 7), l. 7. de V. O., l. 29. de fidejuss. (46, 1). Dies wird auch h. z. T. allgemein anerkannt, und gewiß darf dies auch nicht blos bei eigentlichen Verträgen Anwendung finden, sondern ganz eben so auch bei Pollizitationen an eine *respublica* und bei Gelübden. Dies wird zwar von Sell a. a. O. S. 108 fgg. wegen l. 13. §. 1. de pollicit. (50, 12) und l. 2. §. 44. ad SC. Tertull. (38, 17) in Abrede gestellt; aber die letztre Stelle gehört gar nicht hierher, und in der ersteren sind die da erwähnten *conditiones* donationibus adpositae schwerlich von eigentlichen Bedingungen, sondern vielmehr von Auflagen andrer Art zu verstehen, wie insbesondre aus dem am Ende der Stelle beigefügten Beispiele hervorgeht; wollte man aber auch an wirkliche Bedingungen denken, so sind darunter doch offenbar keine unmöglichen gemeint, sondern mögliche, deren Erfüllung der respublica nachtheilig sein würde. — Noch sind hier folgende Punkte hervorzuheben:

1) Es ist offenbar ganz einerlei, ob die unmögliche Bedingung eine affirmative (z. B. wenn du das Meer austrinkst, wenn du in den Himmel fliegst u. dgl.) oder eine negative ist (z. B. wenn du nicht sterben wirst, wenn es niemals regnet u. dgl.), und in beiden Fällen ist das Geschäft ungiltig. Wenn man doch gewöhnlich lehrt, die negative unmögliche Bedingung werde für nicht zugefügt angesehen, und das Geschäft sei also pure abgeschlossen; so beruht dies nicht sowohl auf einem irrigen Gedanken, als vielmehr auf einer verwerflichen, freilich durch die Quellen selbst veranlaßten (vgl. l. 50. §. 1. de hered. inst.) Terminologie. Man versteht nämlich unter negativer unmöglicher Bedingung,

offenbar sprachunrichtig, die Negation einer unmöglichen Bedingung (z. B. wenn du das Meer nicht austrinkst, wenn du nicht in den Himmel fliegst u. dgl.), und da versteht es sich denn freilich von selbst, daß das Geschäft als pure abgeschlossen gilt, **§. 11. J. de inutil. stip. (3, 19), l. 50. §. 1. cit., l. 79. pr. de condit. et dem., l. 7., l. 8. de V. O., l. 9. §. 1. de novat.** (46, 2), weil eine solche Bedingung nicht sowohl eine unmögliche, als vielmehr eine nothwendige ist, und man sie daher auch richtiger eine negative nothwendige Bedingung nennen sollte. Vgl. bes. Arndts a. a. O. S. 164 fgg., u. s. auch Sell a. a. O. S. 101 fgg., Savigny S. 158 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 120 fgg.

2) Auch das versteht sich ganz von selbst, daß es keinen Unterschied begründen kann, in wessen Person das Unmögliche eintreten soll, ob in der Person des Promittenten, des Promissarius oder irgend eines Dritten; sondern in allen diesen Fällen ist der Vertrag nichtig.

3) Wird die unmögliche Bedingung als Resolutiv-Bedingung einem Geschäfte beigefügt, so versteht es sich von selbst, daß dadurch das Nebengeschäft über die Auflösung vernichtet wird, und es bleibt also nun das Hauptgeschäft gleich von Anfang an so giltig, wie wenn gar keine Resolutiv-Bedingung festgesetzt wäre.

II. Den physisch unmöglichen Bedingungen stehen vollständig die juristisch unmöglichen gleich, deren Wesen darin besteht, daß das zur Bedingung Gesetzte nach Rechtsgrundsätzen nicht in Erfüllung gehen kann („conditio, *quae jure impleri non potest*", T. 4), wie z. B. „wenn Titius das Eigenthum einer **res extra commercium** erwirbt", „wenn Sejus eine giltige Ehe mit seiner Schwester abschließt", „wenn ein Unmündiger ein giltiges Testament macht" u. dgl. m., vgl. bes. T. 4. Diese totale Gleichstellung der physisch und der juristisch unmöglichen Bedingung ist auch offenbar nicht eine künstlich gemachte, sondern eine wesentlich nothwendige, da in beiden Fällen eine wirkliche Unmöglichkeit eintritt, und der einzige zwischen beiden vorkommende Unterschied, daß Naturgesetze unwandelbar, Rechtsgesetze aber wandelbar sind, und also das jetzt juristisch Unmögliche einmal möglich werden kann, kann nicht in Betracht kommen, „**non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio**".

III. Sehr allgemein werden den juristisch oder s. g. moralisch unmöglichen Bedingungen auch diejenigen zugezählt, bei denen das zur Bedingung Gesetzte zwar wohl in Erfüllung gehen kann, aber nach Rechts- oder Sittengesetzen nicht in Erfüllung gehen darf, die

also ein Unrecht oder eine Unsittlichkeit enthalten, z. B. wenn Titius einen Ehebruch, einen Diebstahl u. dgl. begeht; und wirklich finden wir in zahlreichen Gesetzen den Grundsatz ausgesprochen, daß solche **conditiones contra leges et decreta principum** oder **contra bonos mores**, eben so wie **conditiones natura impossibiles**, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vernichten, bei einer letztwilligen Disposition aber für nicht zugefügt gelten sollen, **l. 123, l. 137. §. 6. de V. O., l. 9, l. 14, l. 15, l. 27. pr. de condit. instit. (28, 7), l. 5. C. de institutionib. (6, 25).** Gegen diese herkömmliche Darstellungsweise haben aber neuerlich bes. Arndts a. a. O. S. 172 fgg. u. Savigny a. a. O. S. 169 fgg., sehr erhebliche Bedenken geltend gemacht, vgl. auch Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 177 fgg., und ich muß dieselben, ungeachtet der Einwendungen Mühlenbruchs a. a. O. S. 111 fgg., S. 123 fgg., für vollkommen begründet halten. Soviel leuchtet von vorne herein ein, daß ein wesentlicher Begriffs-Unterschied zwischen diesen unsittlichen und jenen unmöglichen Bedingungen Statt findet, und daß die Gleichstellung beider, wenn und soweit sie begründet ist, jedenfalls nur eine künstliche, keine nothwendige und begriffsmäßige ist, denn ein Diebstahl, ein Ehebruch u. dgl. sind, wenn auch verboten, doch vollkommen möglich, während eine giltige Ehe zwischen Geschwistern, Eigenthumsrecht an einer **res extra commercium** u. dgl. wirklich unmöglich sind. In der That ist denn auch die Gleichstellung der unsittlichen und der unmöglichen Bedingungen in unsren Gesetzen keineswegs durchgreifend, sondern diese Gleichstellung gilt nur insoweit, als die erstren, sofern man sie als gewöhnliche Bedingungen wirken lassen wollte, zur Beförderung von Unrecht oder Unsittlichkeit dienen würden. Wo dieser Gesichtspunkt nicht eintritt, da gelten sie als gewöhnliche Bedingungen, und es leuchtet von selbst ein, daß dadurch wesentliche Verschiedenheiten von den eigentlich unmöglichen Bedingungen herbeigeführt werden.

1) Wir haben oben gesehen, daß es bei der eigentlichen unmöglichen Bedingung — einerlei, ob dieselbe physisch oder juristisch unmöglich ist — völlig gleichgiltig ist, in wessen Person das Unmögliche eintreten soll. Dies ist aber bei der **conditio turpis** nicht der Fall. Allerdings zwar ist der Vertrag, wodurch sich Jemand etwas versprechen läßt, wenn er, der Promissar, eine Schlechtigkeit begehe, eben so ungiltig, wie wenn eine unmögliche Bedingung dem Vertrage zugefügt wäre, **l. 123. de V. O.** Wenn dagegen Jemand etwas verspricht unter der Bedingung, wenn er, der Promittent, eines Unrechts oder einer Unsittlichkeit sich schuldig machen würde, so ist dieser Vertrag vollkommen giltig, **l. 121. de V. O.** vgl. mit **l. 50. de pact. (2, 14), l. 1. 2. C. si**

mancip. ita venierit (4, 56), und dasselbe ist begreiflich auch der Fall bei der Bedingung, wenn ein Dritter etwas Schlechtes vornehmen würde.

2) Es wurde oben bemerkt, daß die Negation einer physisch oder juristisch unmöglichen Bedingung — die fälschlich s. g. negative unmögliche Bedingung — immer eine nothwendige Bedingung involvirt, und folglich ein Rechtsgeschäft unter einer solchen Bedingung immer als ein **negotium** ***purum*** erscheint. Ganz anders aber verhält sich dies bei der Negation einer **turpis conditio.** Wenn nämlich

a) Jemand etwas verspricht, wenn er, der Promittent, eine Schlechtigkeit nicht begehen würde, so ist auch dieses eine **conditio turpis**, und der ganze Vertrag ist ungiltig, §. 24. **J. de inut. stipul.** (3, 19), **l.** 26. 27. **de V. O.**

b) Wenn Jemand sich etwas versprechen läßt, wenn er, der Promissar, ein Verbrechen nicht begehen würde, so liegt einem solchem Vertrage in der Regel eine verächtliche Erpressung zu Grunde, und das Geschäft ist daher nichtig, **l.** 7. §. 3. **de pact.** (2, 14), **l.** 1. §. 2. **l.** 2. **de cond. ob turp. caus.** (12, 5), **l.** 5. **de tut. et rat. distr.** (27, 3).

c) Wenn endlich die Bedingung dahin lautet, wenn ein Dritter eine Schlechtigkeit nicht begehen würde, so ist dies in der Regel ein gewöhnliches bedingtes Geschäft, und die Bedingung kann weder als eine unmögliche, noch als eine nothwendige angesehen werden.

3) Wenn eine unsittliche Bedingung als resolutive zugefügt ist, so gilt begreiflich im Allgemeinen der Grundsatz, daß dadurch eben so, wie durch eine unmögliche, das Nebengeschäft über den Rückfall vernichtet, und also Alles so angesehen wird, wie wenn gar keine Resolutiv-Bedingung zugefügt wäre, und wenn Sell a. a. O. S. 133 fgg., und bedingte Tradition S. 208 fgg., vielmehr das ganze Hauptgeschäft als dadurch vernichtet annehmen will, so ist dieß gewiß ein Verstoß gegen das Prinzip: **utile per inutile non vitiatur.** Doch müssen allerdings einige Modifikationen unsres Grundsatzes anerkannt werden:

a) Wenn die Res. Bedingung so lautet „wenn der Erwerber eine Schlechtigkeit begehen wird", so behält diese Bedingung ihre gewöhnliche Wirksamkeit, **arg. l.** 121. **de V. O.** (s. oben III. 1.).

b) Wenn durch die Form einer resolutiven Bedingung nur die oben aufgestellten Grundsätze über unsittliche suspensive Bedingungen umgangen würden, so versteht es sich, daß nicht blos das Nebengeschäft über den Rückfall, sondern das ganze Hauptgeschäft durch die unsittliche Resol. Bedingung vernichtet werden muß.

Wenn ich Jemanden 100 verspreche unter der Susp. Bedingung, wenn er ein Verbrechen begehe, so ist das ganze Geschäft nichtig; wenn dies nun dadurch umgangen werden soll, daß ich die 100 zwar pure verspreche, aber die Res. Bedingung zufüge: wenn er das Verbrechen nicht begehe; so ist es einleuchtend, daß hier nicht blos das Nebengeschäft über den Rückfall, sondern das ganze Geschäft vernichtet werden muß; vgl. auch Savigny a. a. O. S. 193. —

Welche Bedingungen nun aber zu den unter dieser Nummer behandelten unsittlichen gehören, läßt sich im Allgemeinen nur dahin entscheiden, daß alle solche Handlungen dahin zu rechnen sind, welche nach der geläuterten Volksmoral einer bestimmten Zeit, den, welcher sie vornimmt, schänden würden, und nur das kann hier noch bemerkt werden, daß auch unanständige, wenn gleich nicht unsittliche, und lächerliche Bedingungen dahin gezählt werden müssen, **l. 14. de condit. inst., l. 71. pr. de legat., *Paul.* l. c.** Doch sind einige Fragen noch besonders zu erörtern:

1) Sehr bestritten ist es, ob die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, zu den moralisch unmöglichen gehöre? Sehr Viele nehmen allgemein das Erstere an, z. B. Mackeldey §. 171. Not. f., Jäger in der Gießer Zeitschr. III. Abh. 16, Sell a. a. O. S. 142 fgg. und bed. Tradit. S. 209. Not., Mühlenbr. a. a. O. S. 104 fgg., Savigny a. a. O. S. 184 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 178 Not. 53, während Andre die gerade umgekehrte Meinung verfechten, z. B. Wening §. 88, Thibaut, Syst. §. 954. und in Braun's Erörtr. S. 727, Seuffert, Lehrb. §. 536. Not. 4, und wieder Andre wollen unterscheiden, ob die Bedingung, die Religion beizubehalten, oder sie zu verändern, gestellt sei, z. B. Höpfner §. 490. Not. 2, Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. §. 79. Gewiß ist die zweite Meinung, wornach eine solche Bedingung allgemein zulässig ist, allein zu billigen, denn der von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung stets aufgefaßte Gesichtspunkt, daß es schändlich sei, aus Eigennutz den religiösen Glauben beizubehalten oder zu ändern, kann hier nicht entscheiden, indem zu moralisch unmöglichen Bedingungen nur solche Handlungen gezählt werden dürfen, die schon objektiv betrachtet, das Sittengesetz verletzen, vgl. **l. 15. fin. de condit. instit.**, nicht aber solche, die nur erst durch die dabei zu Grunde liegende Gesinnung zu unsittlichen werden können. So ist es z. B. doch gewiß unsittlich, wenn Jemand aus Eigennutz eine bestimmte Person heirathet, und doch steht einer solchen Bedingung selbst bei letzten Willen, die doch in dieser Beziehung beschränkter sind, als Dispositionen unter

Lebenden, durchaus nichts im Wege, wenn nur die Person eine solche ist, die man mit Ehren heirathen kann, l. 10, l. 63. §. 1, l. 71. §. 1. de condit. et demonstr., l. 1. 2. C. de condit. instit. — Die Bestimmung des Prätorischen Edikts über die conditio jurisjurandi bei letzten Willen, l. 8. pr. de condit. instit. kann bei unserer Frage unmöglich analog angewendet werden, theils weil dies eine Bedingung ist, die wenigstens leicht zur Vornahme einer schon objectiv illegalen Handlung, zu einem Meineid hinführen kann, theils weil es eine durchaus nicht analog anzuwendende Singularität bei letzten Willen ist.

2) Die Bedingung gar nicht, oder nach der Willkür eines Dritten nicht zu heirathen, wird von Vielen, z. B. Mühlenbruch §. 106. Not. 11 und Komm. XLI. S. 94 fgg., Wening §. 88, Sell a. a. O. S. 141 und 157 fgg. und bed. Tradit. S. 209 Not., Savigny a. a. O. S. 180 fgg., allgemein als moralisch unmögliche Bedingung betrachtet, aber gewiß mit Unrecht, da dies nur eine durch die **lex Julia et Pap. Poppaea** für letzte Willensordnungen eingeführte Singularität ist, die nicht ausgedehnt werden darf, und eben dies ist auch bei der Bedingung der Fall, seinen Wohnort nicht zu verändern.

IV. Noch sind einige besondere Bemerkungen hinzu zu fügen:

1) Es kann namentlich bei juristisch unmöglichen Bedingungen oft vorkommen, daß die Unmöglichkeit blos vorübergehend ist. Doch aber muß, wenn im Augenblick des abgeschlossenen Geschäfts Unmöglichkeit vorhanden ist, das ganze Geschäft nichtig werden, l. 135. §. 1, l. 137. §. 6. de V. O. Im umgekehrten Falle, wenn die Bedingung Anfangs möglich, nachher unmöglich geworden ist, gilt dieselbe für deficirt und dies muß selbst dann angenommen werden, wenn die nachher eintretende Unmöglichkeit nur eine vorübergehende ist, §. 2. J. de inutil. stipul. (3, 20), l. 83. §. 5, l. 137. §. 6. de V. O. — Sell S. 45 fgg.

2) Nicht selten kommt es vor, daß eine Bedingung gleich Anfangs theilweise möglich, theilweise unmöglich ist, oder die Anfangs völlig mögliche Bedingung nachher theilweise unmöglich wird. Die Gesetze schweigen bei Geschäften unter Lebenden völlig über diesen Fall: Nach allgemeinen Grundsätzen muß man aber hier gewiß sagen, daß das Geschäft eben so gleich Anfangs ungiltig sei, oder nachher ungiltig werde, wie im Falle einer totalen Unmöglichkeit. Doch aber muß wohl der Fall ausgenommen werden, wenn Mehrere zusammen etwas vornehmen sollen, und einige sich weigern, arg. l. 112. pr. §. 2. de condit. et demonstr., l. 6. C. de condit. insert., oder an Mehrere etwas geleistet werden soll, und bei Einigen dies nicht geschehen kann,

arg. l. 112. pr. §. 1. de condit. et demonstr., obwohl auch in diesen Fällen unsere Regel eintreten muß, wenn der Absicht des Disponenten nach die totale Erfüllung als wesentlich erscheint. — Sell S. 62 fgg.

3) Endlich kann auch der Fall leicht eintreten, daß eine Bedingung blos relativ unmöglich ist, d. h. der Gegenstand der Bedingung ist ein im Allgemeinen zwar mögliches, im besondern Falle aber unmögliches Ereigniß (s. g. conditiones per suppositionem vel per accidens impossibiles, oder auch condit. secundum quid impossibiles). Für Rechtsgeschäfte unter Lebenden muß hier das Prinzip gelten, daß die relativ unmögliche Bedingung der absolut unmöglichen gleichstehe, und daß es auch dabei gar nicht auf Kenntniß oder Unkenntniß der Partheien ankomme, l. 1. §. 9. vgl. mit §. 11. de O. et A. (44, 7), §. 1. 2. J. de inutib. stipul. (3, 20), *Gai.* III. §. 97. 98. — Sell S. 74 fgg.

---

2) Erfüllung der Bedingung. §. 94.

1) *Papinian.* l. 115. §. 1. de V. O.: Sed et si ita stipulatus fuero: si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris, sed quum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.

2) *Ulp.* l. 161. de R. J.: In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur; quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret. (Vgl. auch l. 24. de cond. et dem., eine Stelle von Julian, welche zum größten Theile wörtlich mit der l. 161. cit. übereinstimmt, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß während in der l. 161 cit. die Florent., die meisten übrigen Mss. und die Basiliken lesen: „conditionem *non* impleri", umgekehrt in der l. 24. cit. die Flor., die Mehrzahl der Mss. und die Basiliken das *non* weglassen. Daß beide Stellen wirklich ganz denselben Gedanken ausdrücken sollen,

kann nicht wohl zweifelhaft sein, und da scheint es denn das Natürlichste zu sein, die eine aus der andren zu emendiren, und das *non* entweder in beiden wegzulassen, oder in beiden zuzufügen, und wäre dies die einzige Aushülfe, so würde man nicht anstehen können, das Letztre vorzuziehen, und auch in der l. 24. cit. das non einzuschalten. In der That ist diese Aushülfe aber nicht nothwendig, indem beide Stellen auch ohne alle Veränderung der handschriftlichen Lesart doch zu demselben Resultate führen — denn, wer bei der Nichterfüllung der Bedingung interessirt ist, dessen Interesse wird auch bei der Erfüllung derselben berührt, so daß man von demselben Subjekt sagen kann: „ejus interest conditionem *non* impleri" und „ejus interest conditionem impleri" —, und da nur der Ulpianische Ausdruck präziser ist, als der Julianische, so ist es das Wahrscheinlichste, daß Julian wirklich so geschrieben hat, wie wir es jetzt noch in l. 24. cit. lesen, und Ulpian nur, indem er Julian's Ausspruch adoptirte, durch Einschaltung des non demselben eine größere Präzision gab. Doch sind die Ansichten hierüber sehr verschieden, vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 24. cit. (tom. V. p. 499.) und ad l. 161. cit. (VII. p. 881.), Savigny S. 140. Not. 9.).

3) Vgl. §. 92. T. 5.

3) Wirkungen.

W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen im Allgem. Zürich 1839, Savigny a. a. O. S. 149 fgg.

a) Der Suspensiv-Bedingung. §. 95.

1) *Paul.* l. 8. de peric. et commodo (18, 6): Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicut nec stipulatio. Quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit

eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

2) *Gai.* l. 11. §. 1. qui potior. in pign. (20, 3): Quum semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.

Anm. Wenn einem Rechtsgeschäfte eine Susp. Bed. zugefügt ist, so müssen die beiden Momente unterschieden werden, wenn die Bedingung schwebt, und wenn sie sich entschieden hat:

1) **Pendente conditione** existirt noch gar keine wahre obligatio „**nihil interim debetur**", **l. 13. §. 5. de pignorib.** (20, 1), und an eine Klage von Seiten des Berechtigten ist so wenig zu denken (vgl. jedoch l. 5. §. 1. de pignor. (20, 1), l. 19. de pec. const. (13, 5), und dazu Huschke in der Gieß. Zeitschr. XX. S. 166 fgg.), daß selbst das inzwischen Gezahlte mit der **condictio indebiti** zurückgefordert werden kann, l. 17. 18. 44. 56. de condict. indeb. (12, 6). Eben so ist auch noch die Gefahr des Untergangs auf Seiten des Promittenten, l. 8. pr. de peric. et comm. (18, 6) (vgl. unten Bd. III. §. 591. Anm.), und durch Tradition der Sache an den Acceptanten geht so wenig Eigenthum über, daß nicht einmal ein Usukapionstitel während schwebender Bedingung besteht, l. 8. cit., l. 2. §. 2. pro emt. (41, 4), l. 1. §. 2. pro dote (41, 9). [Ueber den Schluß von l. 1. §. 2. cit. vgl. mit l. 67. de jure dot. (23, 3) und Vat. fragm. §. 111. s. Sell a. a. O. S. 31 fgg.]. — Auf der andern Seite ist aber auch schon **pendente conditione** ein gewisses **vinculum necessitatis** vorhanden, indem keine Parthei eigenmächtig von dem Geschäfte abgehen darf, l. 42. pr. de O. et A., l. 5. C. de O. et A. (4, 10), sondern die Entscheidung der Bedingung abwarten muß; denn wollte der Promittent den Eintritt derselben hindern, so würde sie als erfüllt angesehen (§. 94). Dieses **jus futurum** zeigt sich aber auch schon insofern bedeutsam, daß es auf die Erben übergeht, wenn es sich nicht von höchst persönlichen Rechten handelt, l. 8. pr. de ~~comm. et pe-ric.~~, und daß Sicherungsmittel deshalb ergriffen werden können, l. 13. §. 5. de pignorib., tit. Dig. ut legator. seu fideic. servandor. causa caveatur (36, 3), so wie auch die Gefahr der

Deterioration schon auf die Acceptanten übergeht, l. 8. pr. de peric. et comm.

2) Wenn sich die Bedingung entschieden hat, und zwar

a) wenn sie erfüllt ist (conditio existens), so gilt das Prinzip, daß es nun so angesehen wird, als ob das Geschäft gleich Anfangs pure abgeschlossen wäre, l. 8. pr. de peric. et comm., l. 11. §. 1. qui potior. in pign., l. 105. de condit. et dem., l. 78. pr. de V. O. (45, 1), l. 16. de solut. (46, 3), l. 18. de R. J. Wenn ungeachtet dieser klaren Stellen dennoch von Manchen, vgl. z. B. Schweppe, Handb. I. S. 257 fgg., Kritz, Rechtsf. IV. S. 324 fgg. diese Rückziehung der Bedingung geleugnet wird, so ist dieses um so unbegreiflicher, da auch gute innere Gründe, und zwar namentlich der vermuthliche Willen der Interessenten, für diese Rückziehung als Regel, sprechen, vgl. auch Sintenis, Pfandr. S. 369, Sell a. a. O. S. 100 fgg., Götting in der oben zit. Abh. S. 268 fgg. Vgl. auch Thibaut ziv. Abh. S. 362 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 49 fgg., Savigny a. a. O. S. 150 fgg. — Doch ist diese Rückziehung nur mit folgenden näheren Bestimmungen zu verstehen:

α) wer unter einer Bedingung eine Sache zu fordern hat, bekommt mit dem Eintritt der Bedingung nicht alsbald das Eigenthum, so als wenn er gleich beim Abschluß des Geschäfts Eigenthümer geworden wäre, sondern nur sein Forderungsrecht wird purifizirt, und daraus geht von selbst hervor, daß, wenn der Promittent pendente conditione oder auch nachher bis zur Tradition, anderweite Dispositionen über die Sache getroffen hatte, der Promissar diese nicht anfechten, sondern sich nur mit Entschädigungsklagen gegen seinen wortbrüchigen Kontrahenten wenden kann. Wäre aber nicht ein bedingtes Forderungsrecht, sondern ein bedingtes dingliches Recht konstituirt, z. B. durch bedingte Tradition ein Eigenthumsrecht, oder durch bedingtes pactum hypothecae ein Pfandrecht, so wird allerdings mit dem Eintritt der Bedingung es so angesehen, als ob dieses bedingte dingliche Recht gleich Anfangs pure errichtet wäre, und es müssen also alle in der Zwischenzeit getroffenen Dispositionen über die Sache, welche dem dinglichen Rechte Abbruch thun, von selbst hinwegfallen, Sell a. a. O. S. 157 fgg, und daraus erklärt sich auch namentlich, daß ein älteres bedingtes Pfandrecht einem jüngern unbedingten vorgeht, wenn nachher wirklich die Bedingung sich erfüllt, l. 11. §. 1. qui potior. in pign.

β) Diese Wirkung der Bedingung wird auch nicht im Mindesten verhindert weder durch den inzwischen erfolgten Tod des Promissar, §. 4. J. de V. O. (3, 15), §. 25. J. de inut. stip.

(3, 19), noch durch den Tod des Promittenten, §. 25. J. cit., l. 36. §. 1 fin. de usufr. (7, 1), l. 8. pr. de per. et comm. (18, 6), l. 57. de V. O. (45, 1), und namentlich geht also auch im Falle bedingter Tradition ungeachtet des inzwischen erfolgten Todes des Tradenten unmittelbar mit erfüllter Bedingung das Eigenthum über, l. 2. §. 5. de donat. (39, 5):

Julian.: „Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus consul factus esset: sive furente eo, *sive mortuo* Sejus consulatum adeptus fuerit, *mea fiet*".

In entschiedenem Widerspruch hiermit scheint freilich die Argumentation in l. 9. §. 1. de jure dotium (23, 3) zu stehen:

Ulpian. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferre, ne mulier maneat indotata".

Erwägt man aber, daß hier gar nicht von einer eigentlichen Bedingung die Rede ist, sondern nur von einer juris conditio — denn die Ehe ist eine wesentliche Voraussetzung für den Begriff der dos, l. 3, l. 23. de jure dot. —, und daß auf solche juris conditiones die Theorie der Bedingungen, namentlich der Grundsatz der Rückziehung, nicht anwendbar ist, so hebt sich jener scheinbare Widerspruch von selbst, denn es ist einleuchtend, daß die Entscheidung in l. 2. §. 5. cit. nur aus dem Grundsatz der Rückziehung hervorgeht, und also da nicht anwendbar ist, wo diese Rückziehung wegfällt. Ueber andre, gewiß unhaltbare, Vereinigungs-Versuche vgl. Savigny in der gesch. Zeitschr. IV. S. 51 fgg., Syst. IV. S. 154 fgg. Not. r., Sell a. a. O. S. 117 fgg.

γ) Manche dehnen die Rückziehung der Bedingung soweit aus, daß sie behaupten, nach Erfüllung der Bedingung müßten dem Promissar auch alle in der Zwischenzeit gezogenen Früchte herausgegeben werden, vgl. besonders Thibaut civ. Abhh. S. 362 fgg. und Sell a. a. O. S. 144 fgg. Ich halte diese Behauptung für entschieden irrig, und auch der vermittelnden Meinung Savigny's S. 152. kann ich nicht beitreten, wornach jenes Anrecht auf die

Früchte wenigstens als Regel angenommen werden müsse, „jedoch mit steter Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht in einzelnen Fällen". Ich glaube umgekehrt, daß in der Regel der Promissar die Früchte der Zwischenzeit nicht anzusprechen befugt ist, und daß dies nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen sich anders verhält, wenn sich eine anderweite Absicht bestimmt nachweisen läßt. Es kommen hierbei folgende Punkte hauptsächlich in Betracht. 1) Zunächst ist soviel gewiß, daß kein Gesetz speziell unsre Frage entscheidet, denn wenn jetzt Sell S. 148. in der l. 12. §. 2. **fam. herc.** (10, 2) eine solche Stelle gefunden zu haben glaubt, welche direkt seine Meinung ausspreche, so beruht dies auf einem offenbaren Mißverständniß der Worte „**cum sua scilicet causa**", denn darunter sind nicht die Accessionen und Früchte zu verstehen, wie Sell meint, sondern ihr Sinn ist nur, daß die **sub conditione** legirte Sache dem Erben im **judicium fam. herc.** nicht schlechthin adjudizirt werden dürfe, sondern mit Berücksichtigung des schwebenden Legats, also **cum onere suo**, und die folgenden Worte: **ut existente conditione etc.** enthalten eben die nähere Angabe dieser **causa**; vgl. auch Götting in der angef. Abh. S. 296 fgg. — 2) Aus den auf eigenthümlichen Gründen beruhenden Bestimmungen über die **in diem addictio** und die **lex commissoria**, wornach dem Rückerwerber die von dem Erwerber bis zum Eintritt der Resolutiv-Bedingung gezogenen Früchte restituirt werden sollen, **l. 6. pr. de in diem addict.** (18, 2), **l. 4. pr. §. 1, l. 5. de lege comm.** (18, 3), läßt sich unmöglich eine allgemeine Regel, nicht einmal für resolutive, und um so weniger noch für Suspensiv-Bedingungen bilden. — 3) Umgekehrt finden wir eine sprechende Bestätigung unsrer Ansicht in den gesetzlichen Bestimmungen über bedingte Legate, denn obwohl hierbei auch der Grundsatz der Rückziehung entschieden anerkannt ist, **l. 11. §. 1. quemadm. serv.** (8, 1), **l. 105. de condit. et dem.** (35, 1), **l. 3. §. 3. C. comm. de leg.** (6, 43), so hat doch der Legatar nach erfüllter Bedingung keinen Anspruch auf die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte, sondern diese verbleiben dem Erben, **l. 15. §. 6, l. 24. §. 1, l. 88. §. 3. ad leg. Falc.** (35, 2); in der That ist nicht wohl einzusehen, warum dies bei bedingten Geschäften unter Lebenden anders sein sollte. — 4) Hiermit beseitigt sich denn auch schon größten Theils der einzige scheinbare Grund, den die Gegner für sich anführen, daß nämlich aus dem anerkannten Grundsatz der Rückziehung konsequenterweise das Recht des Promissar auf die **pendente conditione** gezogenen Früchte gefolgert werden müsse, denn offenbar würde diese Konsequenz, wenn sie begründet wäre, ganz dieselbe auch bei Legaten sein müssen, und doch ist sie hierbei

von den Gesetzen nicht anerkannt. In der That muß ich aber auch diese angebliche Konsequenz sehr bezweifeln, indem wir durch nichts genöthigt sind, den Grundsatz der Rückziehung so weit zu fassen, daß darunter auch die Beziehung auf die Früchte enthalten wäre. Fassen wir denselben enger, beschränken wir ihn auf eine Rückziehung in Betreff des Rechts selbst (im Gegensatz zur Rechtsausübung) — und diese Beschränkung ist nichts Willkürliches, sondern sie ergibt sich von selbst aus dem präsumtiven Willen der Interessenten —, dann erscheint die Beziehung desselben auf die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte nicht als eine konsequente Folge, sondern als eine ganz unzuläßige, und der wahren Absicht der Partheien widersprechende Ausdehnung. — 5) Nur, wenn der Promissar sogleich auch in den Besitz der unter einer Bedingung versprochenen Sache gesetzt wird, läßt sich auf die Absicht schließen, daß derselbe auch Anspruch auf den Fruchtgenuß haben soll, und in diesem Falle tritt dann eine Ausnahme von der hier vertheidigten Regel ein. Vgl. auch Schweppe, Handb. I. S. 258.

δ) Auch insofern wird keine Rückziehung der Bedingung angenommen, daß die objektiven Erfordernisse des Geschäfts nicht nach dem Augenblicke des Geschäfts-Abschlusses, sondern vielmehr lediglich nach dem Zeitpunkt der erfüllten Bedingung beurtheilt werden müssen. Sind dieselben in diesem Momente begründet, so ist das Geschäft giltig, wenn es auch zur Zeit des Abschlusses an einem solchen Erfordernisse gefehlt haben sollte, und zwar gilt dieser wichtige Grundsatz ganz eben so bei Legaten (— **regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet**, vgl. §. 540. Anm. —), wie bei Geschäften unter Lebenden, und wenn ich mir also z. B. meine eigene Sache unter einer Bedingung versprechen lasse, so ist dieser Vertrag vollkommen giltig, wenn nur im Augenblicke der erfüllten Bedingung die Sache nicht mehr in meinem Eigenthume sich befindet, **l. 31, l. 98. de V. O., l. 61. de contr. emt.** (18, 1), während natürlich ein solcher Vertrag nichtig sein würde, wenn der Zeitpunkt des Abschlusses in Betracht käme. (Wenn Götting a. a. O. S. 277 fgg. bei Stipulationen einer eignen Sache nur die eine Bedingung zulassen will „wenn die Sache nicht mehr im Eigenthum des Stipulator stehen werde", so ist dieses derselbe Irrthum, der in ähnlicher Weise auch bei einem **legatum rei propriae** von Manchen vertheidigt wird, vgl. unten §. 525. Anm. 2.). — Wenn es umgekehrt zwar nicht zur Zeit des Geschäfts-Abschlusses, wohl aber zur Zeit der erfüllten Bedingung an einem solchen objektiven Erforderniß fehlt, so muß konsequent auch das ganze Geschäft nichtig sein, und dadurch rechtfertigt sich hinlänglich der bekannte Satz, daß das ganze Geschäft hinfällig wird,

wenn das Objekt desselben während schwebender Bedingung durch Zufall zu Grunde geht, vgl. unten §. 591. Anm. — Die subjektiven Erfordernisse müssen natürlich auch bei bedingten Geschäften stets nach dem Augenblick des Geschäfts-Abschlusses beurtheilt werden.

ε) Wenn die Bedingung nur von dem Willen des Schuldners abhängt, so fällt alle und jede Zurückziehung hinweg, und Recht und Ausübung des Rechts beginnt erst, wenn der Schuldner die fragliche Willenshandlung vorgenommen hat, denn bis dahin existirt eigentlich noch gar kein Rechtsverhältniß, l. 108. fin. de V. O. vgl. mit l. 9. §. 1. qui potior. in pign., l. 3 fin. quib. mod. pign. (20, 6). Uebrigens herrscht über die engere oder weitere Fassung dieser Ausnahme viel Streit, vgl. z. B. die sehr von einander abweichenden Darstellungen von Trotsche in der Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 103 fgg. und von Götting in der angef. Abh. S. 309 fgg.

b) Entscheidet es sich, daß die Bedingung nicht eintritt (**conditio deficiens**), so wird es nun so angesehen, als wenn gar kein Rechtsverhältniß eingegangen gewesen wäre. War also die Sache **pendente conditione** schon übertragen, so wird dieselbe jetzt von dem bedingt Verpflichteten vindizirt, und auch alle von dem bedingt Berechtigten in der Zwischenzeit gezogenen Früchte müssen an den Promittenten zurückgegeben werden, l. 37. de contrah. emt. (18, 1), l. 8. pr. de per. et comm., l. 21. fin. de solut.

b) Der Resolutiv-Bedingung. §. 96.

Anm. Die Grundsätze über die Wirkungen der Res. Bed. ergeben sich aus dem Bisherigen von selbst, wenn man nur den, besonders von Thibaut civ. Abh. Nr. XVII. 1. hervorgehobenen Satz im Auge behält, daß die Wirkungen, welche die Susp. Bedingung in Betreff des Hauptgeschäfts äußert, auch von der Resol. Bedingung in Betreff des auf den Rückfall sich beziehenden Nebengeschäfts hervorgebracht werden; vgl. über das Einzelne die ausführlichen Darstellungen von Sell a. a. O. S. 181 fgg. Nur die eine Frage bedarf noch einer genaueren Untersuchung, ob bei dem Eintritt der Resol. Beding. das Eigenthum **ipso jure** zurückfalle, oder ob nur eine Verbindlichkeit **ad rem restituendam** entstehe? Die herrschende Lehre, obwohl es auch Dissentienten gab, nahm von jeher das

Erstre, und zwar in der Art an, daß alle von dem interimistischen Eigenthümer konstituirten dinglichen Rechte von selbst zusammen fallen, und der Rückerwerber die Sache von jedem dritten Besitzer mit der Vindikation abholen könne (s. g. **dominium revocabile ex tunc**). Diese Ansicht wurde in neuerer Zeit auch besonders wieder von Thibaut ziv. Abh. S. 366 fgg. vertheidigt, dessen Ausführungen auch namentlich Zimmern im ziv. Arch. V. S. 251 fgg. und Fritz das. VIII. S. 286 fgg. beitraten, nur daß diese noch insbesondere die Modifikation hervorhoben, es sei ein Unterschied zu machen, ob der Nebenvertrag auf Vernichtung des Handels, oder nur auf Rückgabe der Sache gerichtet sei, indem nur im erstren Falle eine wahre Res. Bedingung mit der vorher bezeichneten Wirkung angenommen werden könne. Dieser ganzen Lehre widersprach aber Riesser auf das Entschiedenste in einer mit Scharfsinn und Gewandtheit geschriebenen Abh. in der Gießer Zeitschr. II. S. 1 fgg. S. 270 fgg., und stellte als Grundsatz vielmehr den hin: bei dem Eintritt der Res. Bedingung erhalte der Rückerwerber nur einen Obligations-Anspruch auf Retradition der Sache; alle dinglichen Rechte und jede Veräußerung von Seiten des interimistischen Eigenthümer blieben dagegen bestehen, und der Rückerwerber könne sich nur durch Entschädigungsklagen gegen den treulosen ersten Erwerber helfen (s. g. **dominium revocabile ex nunc**). Gegen diese Ansicht jedoch, welcher auch Wening Lehrb. §. 116. beitrat, erklärte sich sogleich Thibaut in seinen Vorträgen, vgl. Braun's Erörtr. S. 143 fgg., und nachher auch in einer eignen Abh. im ziv. Arch. XVI. S. 383 fgg., und ebenso wurde auch in einer andern gleichzeitigen Abh. von Müller ziv. Abh. Bd. I. S. 253 fgg. der Ansicht Riesser's widersprochen, vgl. auch Fritz, Erläutr. zu Wening S. 254 fgg., Sell a. a. O. S. 219 fgg., Savigny S. 154 fgg. u. A. m. In der That muß man wohl auch gestehen, daß die herrschende Meinung das bei Weitem Meiste für sich hat. Man bemerke:

1) Riesser's allgemeine Gründe gehen im Wesentlichen darauf hinaus: wenn einem, das Eigenthum übertragenden Geschäfte eine Res. Bedingung zugefügt sei, so könne dies nichts Anderes heißen, als: das Eigenthum ist sofort auf den Promissar übergegangen, es soll aber dasselbe, wenn die Bedingung eintritt, an den Promittenten zurückkehren. Wollte man nun annehmen, diese Rückkehr geschehe von selbst, ohne Vermittlung der Retradition, ja sogar in der Weise, daß es anzusehen sei, als ob der Promittent nie aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, so sei dies eine offenbare Fiktion, welche nothwendig streng aus den Gesetzen zu erweisen sei, die aber von vorne herein als sehr unwahr-

scheinlich erscheinen müsse, da dieselbe in offenbarem Widerspruch mit dem bekannten Prinzip des römischen Rechts stehe, daß Eigenthum nicht durch blosen Vertrag, sondern nur durch Tradition erworben, und also auch zurückerworben werden könne. Nach der gemeinen Ansicht über Res. Bed. solle ja aber durch den blosen, einem Hauptvertrage beigefügten Nebenvertrag Erwerbung des Eigenthums erwirkt werden. — So scheinbar auch diese Argumentation ist, so hat doch Riesser dabei offenbar einen Hauptpunkt übersehen, wie besonders Müller a. a. O. treffend bemerkt hat. Wenn man auch nothwendig zugeben muß, daß durch einen Vertrag allein Eigenthum nicht erworben, und auch nicht zurückerworben werden kann, woraus namentlich hervorgeht, daß, wenn ich das Eigenthum meiner Sache unbedingt und unbeschränkt auf einen Andern übertragen habe, die Rückerwerbung mir nur vermittelst besondrer Retradition möglich wird; so muß man doch auch auf der andern Seite zugeben, daß durch einen Vertrag, welcher die Tradition begleitet, die Art, wie das Eigenthum übergehen soll, näher bestimmt, und namentlich beschränkt werden kann. Die *justa causa* nämlich ist ein wesentlicher Bestandtheil der Eigenthums-Uebertragung (s. unten die Lehre vom Eigenthum), und daraus geht von selbst hervor, daß das Eigenthum auch nur so übergehen kann, wie es durch diese justa causa, also, wenn dieselbe in einem Vertrage besteht, wie es durch diesen Vertrag bestimmt ist. Anwendungen hiervon kommen z. B. bei der Reservation von Servituten vor, in welchem Falle das Eigenthum nur mit dieser durch das vorausgehende Rechtsgeschäft bestimmten materiellen Beschränkung auf den Erwerber übergeht, und bei der Festsetzung einer Susp. Bed., wo ungeachtet gleichbaldiger Tradition das Eigenthum nur erst mit erfüllter Bedingung entsteht. Hiermit hängt dann nothwendig zusammen, daß auch der Dauer nach das Eigenthum des Erwerbers durch die justa causa beschränkt werden kann, und daß also, wenn gleich bei der Uebertragung bestimmt ist, er solle es nur eine gewisse Zeitlang haben, er es auch wirklich nur bis dahin haben kann, so daß es in dem bestimmten Moment von selbst von ihm abfällt, und eine Retradition im juristischen Sinne des Worts, nicht allein nicht nöthig, sondern nicht einmal möglich ist, indem man das, was man selbst nicht hat, auch nicht auf einen Andern übertragen kann. Wollte man nämlich noch über diesen bestimmten Zeitpunkt hinaus Eigenthum bei dem Erwerber annehmen, so fehlte es ja für diese spätere Zeit dem Erwerb an der justa causa, was doch unsren Gesetzen nach nicht möglich ist. Muß man aber dies anerkennen, so geht von selbst daraus hervor, daß auch alle die

von dem interimistischen Eigenthümer getroffenen Dispositionen über die Sache mit dem bestimmten Zeitpunkte von selbst zusammenfallen, denn natürlich können von demselben nur Rechte konstituirt werden, die der Dauer nach ebenso beschränkt sind, als sein eignes. So konstruirt sich also das s. g. **dominium revocabile ex tunc** im Falle einer Res. Bed. durchaus konsequent aus der Natur der Verhältnisse und von einer von Riesser behaupteten Fiktion kann nicht die Rede sein. Daß Riesser alles dieses übersah, kommt aber offenbar nur daher, weil er zwei, wesentlich von einander verschiedene Fälle mit einander vermengt. Wenn ich nämlich eine Sache unbedingt und unbeschränkt in das Eigenthum Jemandes übertrage, und mir nur vorbehalte, daß mir dieselbe zu einer bestimmten Zeit oder mit dem Eintritt eines bestimmten Umstandes wieder zurückgegeben werden solle, so versteht es sich von selbst, daß hier blos eine **obligatio** des Erwerbers, und überhaupt alle die Grundsätze eintreten, welche Riesser für jede Res. Bed. statuiren will. Aber es ist ganz fehlerhaft, diesen Fall nicht von dem andern zu unterscheiden, wenn das Eigenthum zwar **pure**, aber der Dauer nach beschränkt übertragen, wenn also gleich bei der Hingabe ausgemacht war, das Eigenthum solle nur bis zu einer bestimmten Zeit übertragen werden, in welchem Falle allein eine wahre Res. Bed. vorhanden ist. Die Verwechslung dieser beiden Fälle von Seiten Riesser's ist um so einflußreicher für seine ganze Theorie geworden, da er zur Unterstützung seiner Ansicht hauptsächlich solche Gesetze anführt, die blos den ersten Fall betreffen, und also für unsre Frage ganz irrelevant sind.

2) Wenn schon aus allgemeinen Gründen die herrschende Theorie gar sehr gerechtfertigt wird, so spricht dafür auch eine Reihe sehr bestimmter Gesetze. Die bedeutendsten sind folgende:

a) Ulpian in **l. 4. §. 3. de in diem addict.** (18, 2): **Sed et Marcellus libro V. Dig. scribit: pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret**, womit der Ausspruch desselben Ulpian in **l. 3. quib. mod. pign. solvit** (20, 6) zu vergleichen ist: **Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libr. V. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam, ubi sic res distracta est: nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.** — Riesser a. a. O. S. 288 fgg. kann hiergegen

seine Theorie nicht anders retten, als daß er in der ersten Stelle gegen alle Handschriften vor **desinere** ein **non** einschiebt, ohne daß doch die folgenden Worte, wie Riesser meint, uns zu dieser kühnen Konjektur nöthigen, wenn man nur bedenkt, daß die Beendigung des Pfandrechts dessen frühere Existenz voraussetzt, diese Existenz aber allerdings einen Schluß auf das Eigenthum des Bestellers rechtfertigt. Was aber die zweite Stelle anbelangt, so ist bei unbefangener Betrachtung nicht zu bezweifeln, daß in ihr ganz derselbe Fall, wie in der ersten, entschieden, und auf ein und dieselbe Stelle des Marcellus von Ulpian verwiesen wird. Es ist daher jeden Falls zu mißbilligen, wenn Riesser in dieser zweiten Stelle, um sie mit seiner Theorie in Einklang zu bringen, eine Suspensiv-Bedingung voraussetzt, wozu schon das **pignus** ***finiri*** gar nicht paßt, indem vielmehr unter dieser Voraussetzung hätte gesagt werden müssen, es sei nie ein Pfandrecht vorhanden gewesen. Die Worte: **nisi intra certum diem rel.** scheinen zwar auf eine Susp. Bed. hinzuweisen: da sie aber doch auch recht gut für eine Resol. Bed. gebraucht werden können, ja sogar hierfür nach ausdrücklicher Bestimmung vermuthet werden soll (**l. 2. §. 4. pro emtore: Si in diem addictio facta sit, id est, *nisi si quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam esse emtionem — — Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est**), so muß uns doch gewiß dies, und der Ausdruck: **pignus *finiri***, und der Zusammenhang mit **l. 4. §. 3. cit.**, wo mit klaren Worten eine Resol. Bed. vorausgesetzt wird, die Ueberzeugung aufdringen, daß auch in der **l. 3. cit.** nur von einer solchen die Rede, und also in derselben klar die herschende Meinung ausgesprochen ist.

b) Ulpian in **l. 41. de R. V.: Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.** Geht man nicht von vorgefaßten Ideen aus, so folgt hieraus unmittelbar, daß sogleich mit dem Eintritt der Ref. Bed. das Eigenthum des Käufers aufhöre, und an den Verkäufer zurückfalle. Doch aber will dies seiner Theorie zu Liebe Riesser S. 295 fgg. nicht zugeben, sondern er meint, man müsse hier einen Fall voraussetzen, in welchem der Käufer selbst den Besitz der Sache verloren habe und also in der Lage sei, eine **vindicatio** anstellen zu müssen. Wenn nun während einer solchen Lage das bessere Gebot komme, so könne ihn der Verkäufer vermittelst der

actio venditi zur Zession der vindicatio nöthigen, und diese Zession werde in unserm Falle, wie in manchem andern (vgl. unten die Lehre von Zession der Forderungsrechte) von selbst als geschehen angenommen, so daß also wegen dieser fingirten Zession, nicht aber, weil das Eigenthum **ipso jure** zurückfalle, dem Käufer die **actio in rem** abgesprochen werde. Offenbar aber beruht diese, gewiß sehr scharfsinnige Erklärung auf Voraussetzungen, zu denen das Gesetz schlechthin keine Veranlassung gibt, und man kann dieselbe um so weniger billigen, da von einer Zession in demselben auch nicht im Entferntesten die Rede ist, und man auch ohne große Inkonsequenz nicht begreifen kann, wie die so wichtige Eigenthumsklage als **ipso jure** zedirt angesehen werden solle, da doch die Uebertragung des unbedeutenden **interdictum quod vi aut clam** eine wirkliche, nöthigen Falls mit der **actio venditi** zu erzwingende Zession voraussetzt, **l. 11 §. 10. quod vi aut clam** (43, 24), **l. 4. §. 4. de in diem addict.** (18, 2). — So klar nun übrigens auch nach dem Bisherigen der Hauptinhalt der **l. 41. cit.** ist, so bietet dieselbe doch in andrer Rücksicht eine Schwierigkeit dar, indem nämlich in der zweiten Hälfte derselben Ulpian mit dem Anschein, etwas Neues sagen zu wollen (*sed* **si cui**) doch nur mit etwas andern Worten seinen ersten Ausspruch wiederholt zu haben scheint. Hier mit T h i b a u t a. a. O. S. 410. Not. 22. wirklich blose Redseligkeit des Juristen annehmen zu wollen, kann offenbar eben so wenig gebilligt werden, als die zwar geistreiche, aber jeden Falls vermessene Konjektur R i e s s e r's S. 301 fgg.; wohl aber erklärt sich die Stelle einfach, wenn man bedenkt, daß entweder schon die blose Existenz des bessern Gebots, oder erst die Annahme desselben von Seiten des Verkäufers, als resolvirender Umstand ausbedungen werden konnten, und das Letztere bei der **in diem addictio** die Regel bildete, vgl. **l. 7. 8. 9. de in diem addict.** Wendet man nämlich dies auf unsere Stelle an, so redet offenbar der erste Theil derselben von dem ersten, der zweite von dem zweiten Falle, vgl. M ü l l e r a. a. O. S. 286. Not. —

c) P a u l u s in **l. 9 de aqua et aquae pluv. arc.** (39, 3): „Wenn ein Grundstück unter einer **in diem addictio** verkauft ist, und der Käufer will eine Wassergerechtigkeit auflegen, so muß auch, damit dieselbe Bestand habe, der Verkäufer konsentiren", was offenbar unnöthig wäre, wenn Riesser's Ansicht über Res. Bd. Grund hätte. Doch will Riesser S. 306. auch diese Stelle, um sie mit seiner Meinnng in Einklang zu bringen, von einer S u s p. Bed. verstehen, was aber nicht angeht, weil bei der **addictio in diem** für Resol. Bed. präsumirt, nnd also das Umgekehrte stets hervorgehoben werden muß, während hier ohne weitren Zusatz gesagt ist:

in diem addictio praedio. Ueberdies sind die Worte: **quia recidere jus solidum ad eum potest** mit Riesser's Voraussetzung unvereinbar.

d) **L. 8. de lege commissoria (18, 3), l. 4. C. de pact. inter emtor. et venditor. (4, 54), l. 1. C. eod.** Aus den beiden ersten Stellen geht mit Evidenz hervor, daß, wenn ein Verkauf unter der **lex commissoria** abgeschlossen, und dem Verkäufer das **pretium** nicht zur bestimmten Zeit bezahlt ist, demselben die *vindicatio* zustehe. Freilich nimmt auch hier wieder Riesser eine Susp. Bed. an, aber offenbar mit Unrecht, indem bei der **lex comm.** stets eine Res. Bed. zu präsumiren ist, wie nicht nur Ulpian in **l. 1. de lege comm.** ausdrücklich sagt, sondern auch alle gesetzlichen Beispiele beweisen, Glück XVI. S. 271 fgg. Namentlich aber widerstreiten in der **l. 8. cit.** die Worte des Vertrags: **ut arrham perderet, et** ***inemtae villae essent***, der Annahme einer Susp. Bed. entscheidend. — Was aber die **l. 1. C. cit.** betrifft, so heißt es da: es solle der Vertrag: **ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtor arrham perderet et** ***dominium ad venditorem pertineret***, vollkommen gehalten werden, woraus doch offenbar hervorgeht, daß das Eigenthum mit dem Augenblick der erfüllten Bedingung von selbst an den Verkäufer fallen müsse.

e) **L. 29. de mort. causa donat. (39, 6)**, wo Ulpian dem Schenker, wenn die beigefügte Resol. Bed. eintrete, mit klaren Worten eine **vindicatio** zugesteht, was zwar Riesser als eine bei der Schenkung Todes halber eintretende Singularität betrachtet, aber nach der bisherigen Ausführung gewiß mit Unrecht.

f) Endlich verdient auch noch **l. 13. pr. de pignor. act. (13, 7)** angeführt zu werden: wo folgender Fall entschieden wird: ein Pfandgläubiger verkauft die verpfändete Sache mit der Nebenbestimmung, daß der Schuldner die Sache wieder zu sich nehmen könne, wenn er dem Käufer den Kaufpreis ersetze. Hier soll der Schuldner gegen den Käufer eine *vindicatio* anstellen dürfen. — Die einzig natürliche Erklärung ist die, daß hier der Gläubiger im Namen des Schuldners eine Veräußerung mit zugefügter Resol. Bed. abgeschlossen habe, und unmöglich kann man der Meinung Riesser's beitreten, welcher hier gar keine Veräußerung der verpfändeten Sache, sondern nur eine Zession des Pfandrechts subintelligirt, wornach also freilich der Schuldner sein Eigenthum nie verloren hätte. Dies ist schon darum unthunlich, weil der Schuldner nicht die Pfandschuld, sondern den Kaufpreis erlegen muß, um die Vindikation gebrauchen zu dürfen.

3) Die durch die Natur der Sache und eine Reihe einzelner

Gesetze hinlänglich gerechtfertigte Meinung wird auch nicht durch die Gesetze erschüttert, welche Riesser unmittelbar für seine Theorie anführt:

a) Manche nämlich fallen schon darum hinweg, weil Riesser dabei den wichtigen Unterschied verkannte, welcher zwischen eigentlicher Resol. Bed. und einem Nebenvertrage Statt findet, vermöge dessen man sich blos eine Rückübertragung vorbehielt, und also das Eigenthum ganz unbeschränkt übertragen hatte. Dies ist namentlich der Fall mit **l. 15. de condict. c. d.** (12, 4), **l. 2. de cond. indeb.** (12, 6), **l. 12. praescript. verb.** (9, 5), **l. 3. C. de pact. inter emt. et vendit.** (4, 54).

b) In 5 Stellen, welche Riesser für seine Ansicht anführt: **l. 4. pr., l. 5. de lege comm.** (18, 3), vgl. mit **l. 6. §. 1. de contrah. emt.** (18, 1) — **l. 4. §. 4., l. 16. de in diem addict.** (18, 2), ist der Satz ausgesprochen, daß, wenn ein Verkauf mit der Nebenbestimmung der **addictio in diem** oder der **lex commissoria** abgeschlossen sei, der Verkäufer, wenn die Res. Bed. eingetreten sei, die *actio venditi* auf Herausgabe der Früchte anstellen könne. Offenbar aber verträgt sich dies recht gut mit der bisher vertheidigten Meinung, denn die *vindicatio* in Betreff der Hauptsache selbst wird in keiner dieser Stellen abgesprochen, und in Betreff der Früchte war eine andere Klage, als die **vindicatio** sogar dringend nöthig, denn nicht nur, daß der Verkäufer die Früchte, welche der Käufer bis zum Eintritt der Resol. Bed. gezogen hatte, gar nicht vindiziren darf, selbst wenn sie noch vorhanden, weil sie in keinem Augenblick in seinem Eigenthum gestanden haben, so wären auch offenbar, hätte man in Betreff der Früchte die Grundsätze der **vindicatio** anwenden wollen, die allergrößten Härten entstanden, nämlich für den Verkäufer, wenn man den Käufer als **bonae fidei possessor**, und für den letztern, wenn man ihn als **malae fidei poss.** hätte behandeln wollen. Durch die Gestattung der Kontraktsklage war hier sehr einfach geholfen.

c) In **l. 19. de usurp.** (41, 3) wird die Frage aufgeworfen, ob, wenn ein Geschäft unter einer Resol. Bed. abgeschlossen sei, der Rückerwerber sich den Zwischenbesitz des ersten Erwerbers anrechnen dürfe? Javolen glaubt dies bejahen zu dürfen, **quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.** — Offenbar folgt aber daraus, daß hier in Beziehung auf **accessio** die Analogie der **actio redhibitoria** aufgeführt wird, noch keineswegs, daß dieselbe in allen Beziehungen gelten solle, und namentlich ist ja ein Schluß **a majore ad minus** nichts

Ungebräuchliches. Dieser ist hier nun vorhanden: wenn bei der **actio redhib.** Accession Statt findet, so findet dieselbe gewiß auch Statt, wenn eine Res. Bed. eintritt, denn in beiden Fällen wird das Kaufgeschäft rückgängig. Daß bei der Res. Bed. noch etwas mehr eintritt, ein alsbaldiger Rückfall des Eigenthums, kommt bei dieser Argumentation nicht weiter in Betracht, weshalb der Jurist es auch übergeht.

d) Endlich führt Riesser auch noch die **l. 7. §. 3. de jure dot.** (23, 3) an, wornach die **dos praenumerata**, welche so konstituirt wurde: **ut statim res viri fiant**, von der Frau, im Falle es nicht zur Ehe komme, kondizirt werden solle. Hier ist aber gar nicht von einer Res. Bed., also von einem bedungenen Rückfall die Rede, sondern es ist nur die gewöhnliche **condictio ob causam datorum** der Frau zugestanden.

B. Dies. §. 97.

Savigny Syst. III. S. 204 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 180 fgg., vgl. auch Mühlenbruch Komm. XLI. S. 53 fgg.

C. Modus. §. 98.

Cod. VI. 45. de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. — Glück IV. S. 460 fgg., Pfeiffer prakt Ausf. Bd. I. Nro. 4., Savigny Syst. III. S. 226 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 185 fgg.

1) *Scaevola* l. 80. de condit. et demonstr.: Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata; nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: *si monumentum fecerit;* et eum, cui datum est: *ut monumentum faciat.*

2) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 9. C. de donat. (8, 54): Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio, i. e. praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. Damit vgl. l. 41. pr. de contrah. emt.

(18, 1): si sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.

3) *Iidem* l. 8. C. de condict. ob caus. dator.: Dictam legem donationi si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam, condictioni facere locum, juris dictat disciplina. Quapropter si titulo liberalitatis res tuas in sponsam conferendo, certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, paruit, successores ipsius de repetendis, quae dederas, si hoc tibi placuerit, convenire non prohiberis.

4) *Papinian.* l. 71. pr. de condit. et demonstr.: Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere S. Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legatum rediret. Sed si filio, fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est; atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.

D. Arbitrium eines Dritten. §. 99.

V. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Savigny, Syst. IV. S. 536 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 215 fgg. — Ueber einen einzelnen, aber wichtigen Punkt gibt gründliche Erörterungen Brandis über absolute und relative Nichtigkeit; in der Gieß. Zeitschr. VII. S. 121 fgg. S. 157 fgg.

A. Von nichtigen und wirkungslosen Geschäften überhaupt. §. 100.

1) *Paul.* l. 85. §. 1. de R. J.: Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. Cf. l. 3. fin. de his, quae pro non script. hab. (34, 8): nam quae in eam causam pervenerunt, a quo incipere non poterant, pro non scriptis habentur und l. 98. pr. de V. O.: — — maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.

2) Cap. 37. de R. J. in 6to: Utile non debet per inutile vitiari. Cf. l. 1. §. 5. de V. O.: Sed si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacua habendam esse puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quoddammodo stipulationes, una utilis, altera inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

3) *Paul.* l. 178. de R. J.: Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

B) Konvaleszenz und Konversion. §. 101.

1) *Paul.* l. 29. de R. J.: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) *Ulp.* l. 1. §. 4. de pecunia constit. (13, 5): Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi: dicendum est, de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

VI. Auslegung der Rechtsgeschäfte. §. 102.

1) *Marcian.* l. 96. de R. J.: In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.

2) *Julian.* l. 12. de reb. dub. (34, 5): Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est: commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat.

3) *Idem* l. 97. de R. J.: Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

4) *Ulp.* l. 66. de judic. (5, 1): Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.

5) *Idem* l. 9. de R. J.: Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

6) *Cels.* l. 99. pr. de V. O.: Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur,

quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rursus promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum.

Papinian. l. 39. de pact. (2, 14): Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

8) *Paul.* l. 85. pr. de R. J.: In ambiguis pro dotibus respondere melius est.

9) *Idem.* l. 179. eod.: In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.

10) *Marcell.* l. 24. de reb. dub.: Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. Cf. l. 12. de R. J.: In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

11) Cap. 26. X. de sententia et re judic. (2, 27): Duobus judicibus diversas sententias proferentibus, si ex jurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi *in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento* pro ipso fuerit promulgata.

12) *Paul.* l. 25. §. 1. de legat. III.: Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio.

13) *Justin.* l. 3. C. de liber. praester. (6, 18) — — verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.

14) *Paul.* l. 3. de reb. dub.: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus; itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.

Abschnitt. III.

Von unerlaubten Handlungen.

I. Im Allgemeinen. §. 103.

II. Insbesondere von der Kulpa.

Donell. comment. jur. civ. lib. XVI. c. 7.

v. Löhr, Theorie der Kulpa, Gieß. 1805, und Beiträge zu der Theorie der Kulpa. Gieß. und Darmst. 1808. — Ders. Uebersicht der Lehre von der Kulpa; in sein. Magaz. Bd. IV. (1844) S. 472 fgg.

Schöman, Lehre vom Schadensersatz. Gieß. und Wetzl. 1806. Bd. I. und dessen Handb. des Civilr. Bd. I. Abh. 5. u. Bd. II. Abh. 10.

Hasse die Kulpa des röm. Rechts. Kiel 1815, 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838 und ders. in der Zeitschr. für gesch. Rw. Bd. IV. Nro. 5.

Elvers doctr. jur. civ. rom. de culpa prima lineamenta Gött. 1822.

Kritz, über die Kulpa nach röm. Recht. Leipz. 1823. Vgl. auch Hänel, Vers. einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatz, §. 11 fgg., Unterholzner Schuldverh. I. S. 270 fgg., Koch Recht der Forderungen I. S. 230 fgg., Wening-Ingenheim Schadensersatz S. 82 fgg.

A) Gattungen der culpa.

1) S. g. aquilische und außeraquilische Kulpa — culpa in faciendo und non faciendo. §. 104.

2) Custodia. §. 105.

Anm. Daß die custodia nicht einen besondern Grad, sondern nur eine besondere Richtung der Anspannung bedeute, liegt schon in dem Worte. Wer nämlich die custodia zu prästiren hat, muß jeden der Sache drohenden Schaden abwenden, und zwar nicht blos, wie z. B. Schöman will, den Untergang der Sache, sondern auch die Verschlechterung derselben verhüten, vgl. auch l. 5. §. 22. fin. ut in poss. legator. (36, 4). Inwiefern aber der Kustos für den Diebstahl einzustehen habe, ist sehr bestritten. Namentlich will v. Löhr Theorie §. 12. und Beiträge S. 163 fgg., denselben unbedingt wegen jedes heimlichen Diebstahls haften lassen, besonders wegen l. 10. §. 1. commodati (13, 6), l. 52. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 12. pr., l. 14. §. 10. 15. 17. de furt. (47, 2), vgl.

auch Glück XVII. S. 147 fgg. Vergleicht man aber hiermit l. 27. §. 9. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 35. §. 4. de contrah. emt. (18, 1), l. 13. 14. de peric. et comm. (18, 6), l. 14. §. 6. 12., l. 80. de furt., l. 1. 4. C. de locat. (4, 67), auf der einen, und l. 19. commodati (13, 6), l. 31. pr. de act. emti (19, 1), l. 41. locati (19, 2) auf der andern Seite, so stellt sich leicht ersichtlich das verständige Resultat heraus, daß der heimliche Diebstahl zwar zunächst dem Kustos zur Last gelegt wird, weil man von der Voraussetzung ausgeht, derselbe habe ihn durch Wachsamkeit abwenden können, daß demselben aber stets der Beweis seiner Schuldlosigkeit offen gelassen werden muß, während umgekehrt bei dem damnum injuria datum von Seite eines Dritten von vorne herein für den Kustodienten präsumirt werden muß. Vgl. bes. Hasse S. 420 fgg. Nur, wenn bei einem Geschäfte, welches schon seiner Natur nach die Kustodia erheischt, noch besonders die Prästation derselben versprochen wird, muß man annehmen, der Kustodient habe den Kasus in Betreff des Entfliehens, des Stehlens und des damnum injuria datum übernehmen wollen, vgl. besonders §. 3. J. de emt. (3, 23) (die noch ferner angeführten l. 35. §. 4. de contr. emt. (18, 1), l. 55. pr. locati (19, 2), l. 1. 4. C. eod. (4, 65), gehören wohl kaum hierher), was sich daraus erklärt, daß man bei Verträgen nichts Unnützes annehmen soll. Jedenfalls aber muß man bei dem Inhalte des Gesetzes stehen bleiben, und kann aus dieser Singularität nicht mit Schöman Hdb. I. S. 288 fgg. und II. S. 278 fgg. den allgemeinen Satz ableiten, daß in einem solchen Falle der Kustodient für jeden möglichen casus einstehen müsse. Ueber die ganze Frage vgl. man jedoch noch die skeptische Darstellung von Hasse S. 513 fgg.

B) Grade der Kulpa.

1) Dolus. §. 106.

(Vgl. Hasse S. 97 fgg.)

2) Culpa lata und culpa levis. §. 107.

Anm. Die früherhin allgemein herrschende Meinung ging dahin, daß die Römer drei Grade der Kulpa unterschieden hätten, zwei Extreme (culpa lata und levissima), und ein in der Mitte Liegendes

(culpa levis). Während man nämlich dann, wenn man gar keinen Vortheil aus einem Rechtsgeschäfte habe, mit culpa lata abkomme, müsse man umgekehrt, wenn man allein daraus gewinne, culpa levissima, wenn aber beide Kontrahenten daraus Vortheil zögen, culpa levis prästiren. Hiergegen trat zwar allerdings Donellus a. a. O. auf, aber seine Darstellung fand wenig Eingang, und nur erst seit dem Anfang dieses Jahrhunderts ist man wieder auf dieselbe aufmerksam geworden, besonders durch Thibaut, der von jeher, sowohl in seinen Vorträgen, als in seinem Pandekten-System die Donellische Theorie vertheidigte. Ihm folgten dann, nachdem besonders durch Löhr und Hasse in den oben genannten Schriften diese Ansicht noch näher begründet worden war, fast alle Neuern, und schon ist aus allen unsren Kompendien die culpa levissima verschwunden. In der That kann man sich hierzu nur Glück wünschen, indem die Theorie der Trichotomisten eben so unnatürlich als ungesetzlich ist. Einige der hauptsächlichsten Punkte möchten folgende sein:

1) Es ist eine gewiß unjuristische Idee, daß man dann, wenn man allein Vortheil habe, z. B. als Kommodatar, Deponens u. dgl. culpa levissima, sonst aber blos culpa levis zu prästiren habe. Hält man es überhaupt für juristisch möglich, eine so hohe Anspannung, wie die Vermeidung der culpa levissima erfordern würde, in gewöhnlichen Lebensverhältnissen zu verlangen, so müßte dies konsequent überall angenommen werden, wenn das Geschäft in unsrem Interesse abgeschlossen wird, einerlei ob allein in dem unsrigen, oder auch in dem des Mitkontrahenten, vgl. auch l. 17. §. 2. de praescript. verb. (19, 5): si cui inspiciendum dedi *sive ipsius causa*, *sive utriusque*, et dolum, et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: *sive vero mei duntaxat causa datum est*, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

2) Die Gesetze, worauf sich die Trichotomisten besonders stützen, beweisen durchaus keine drei Grade der culpa. Was nämlich:

a) zunächst l. 13. §. 1. de pignor. act. (13, 7): („Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.) und l. 19. C. de pignorib. (8, 14) anbelangt, so wird hier allerdings neben dem dolus und der culpa noch die *custodia* erwähnt, aber dies darf nicht auf den Grad der culpa bezogen werden, sondern die custodia bezeichnet nur eine besondere Richtung der Anspannung. (Anm. zu §. 105.).

b) Scheinbarer ist die l. 5. §. 2. commodati (13, 6), wo

Ulpian sagt: **Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut et constitutum est, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis,** *et culpam praestandam et diligentiam.* Hier wird neben der **culpa** noch die **diligentia** erwähnt, und zwar in der Art, daß daraus allerdings eine Steigerung hervorzugehen scheint. Dies ist aber doch nicht ganz richtig, indem die Hervorhebung der **diligentia** hier offenbar nur den Sinn hat, daß die s. g. **diligentia in abstracto** (§. 108.) prästirt werden müsse, Hasse S. 277 fgg.

c) Eben so wenig kann man sich auch für die drei Grade auf die unendlich oft besprochene (vgl. Glück V. S. 356 fgg., *Schulting* Not. ad. Pand. ad. h. l., Hasse S. 296 fgg. und in der gesch. Zeitschr. S. 210 fgg.) l. 23. de R. J. berufen: **Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.** Auch hier kann ganz gewiß die bei einigen Geschäften noch besonders hervorgehobene **diligentia** nicht auf die s. g. **culpa levissima** bezogen werden, sondern bedeutet ebenfalls nur die **diligentia in abstracto.** Schwierigkeit aber macht deßungeachtet diese Stelle immer wegen der ausnehmend verworrenen Konstruktion und des höchst ungenauen Ausdrucks, mag man nun die gewöhnlich angenommene Leseart: **in his** *quidam* **et diligentiam,** wofür Löhr Beiträge S. 140 fgg. *quaedam* vorschlägt, befolgen, oder mit Hasse an den anges. Orten **in his quidem et diligentia** lesen, in welcher Fassung dies eine offenbar unpassende Zwischenbemerkung wäre, die sich blos auf die **negotia gesta** bezöge, obwohl auch bei mehreren andern angeführten Geschäften ganz dieselbe Bemerkung nothwendig gewesen sein würde. Die einfachste Aushülfe ist gewiß, mit

Huschke im Rhein. Mus. Bd. VII. S. 74 fgg. eine Transposition der Zeilen anzunehmen und demgemäß so zu lesen: — — — **locatum, negotia, in his quidem et diligentia (praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit.** In dieser Fassung ist die Stelle in vollkommener Ordnung: die Worte **in his quidem rel.** beziehen sich nun auf alle vorgenannten Geschäfte, bei denen sämmtlich **diligentia in abstracto** prästirt wird, und nun werden dann zuletzt die Geschäfte zusammengestellt, bei denen nicht auch die **diligentia** in diesem Sinne, sondern nur **dolus** und **dilig. in concreto** prästirt werden müssen.

d) Daß nach diesen Bemerkungen auch **l. 47. §. 5. de legat. I.** (**„Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est"**), nicht für die drei Grade der Kulpa angeführt werden kann, versteht sich von selbst, denn auch hier bedeutet die **dilig.** eben nur wieder die **dilig. in abstracto**; und wenn man sich endlich

e) noch vorzüglich auf **l. 1. §. 1. si mensor falsum modum** (11, 16) beruft, so beruht dies auf einer durchaus irrigen Interpretation dieser Stelle. Ulpian nämlich sagt: **Haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit, sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba Edicti; utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire.** Man geht nun hierbei von der Voraussetzung aus, Ulpian unterscheide zwischen den beiden Fällen, ob der Mensor ein Honorar empfangen oder nicht; im erstren Falle komme er zwar nicht mit **culpa lata** ab, brauche aber doch nicht auch **omnis culpa** zu prästiren, und daraus ergebe sich dann von selbst, daß es noch ein mittlerer Grad von **culpa** geben müsse. Jene Voraussetzung ist aber offenbar falsch, indem der Sinn jener Stelle vielmehr umgekehrt der ist: da der Prätor zwischen jenen beiden Fällen nicht unterschieden habe, obschon es ihm bekannt genug gewesen sei, daß bei Mensoren auch Honorare vorkämen, so sei überhaupt keine Unterscheidung zu machen, vgl. auch Hasse S. 314 fgg.

3) Die für drei Grade der Kulpa vorzüglich angeführten Gesetze beweisen also bei genauerer Betrachtung gerade umgekehrt sehr be-

stimmt, daß im röm. Recht in völliger Uebereinstimmung mit der Natur der Sache, nur zwei Grade anerkannt werden, und dies Resultat wird auch durch andere Gesetze, in denen immer nur zwei Grade unterschieden werden, unterstützt, vgl. z. B. l. 10. §. 1. commodati (13, 6), l. 17. §. 2. de praescr. verb. (19, 5), l. 108. §. 12. de legat. I., l. 22. §. 3. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 20. C. de negot. gest. (2, 19), l. 7. C. arbitr. tut. (5, 51). Insbesondere geht aber auch noch die Unhaltbarkeit der dreigradigen Theorie daraus hervor, daß die Konsequenzen derselben mit den Gesetzen schlechthin nicht harmoniren, denn so wird z. B. nicht selten bei den Obligationen, in denen jener Theorie nach nur culpa levis zu prästiren ist, *omnis* dilig. verlangt, l. 38. pr. de damno infecto, oder custodia et diligentia (was ja jener Theorie nach gerade die levissima bezeichnen soll), l. 36. de act. emti (19, 1) oder diligentia *diligentissimi* patrisfam., §. 5. J. de locat. cond. (3, 25), l. 25. §. 7. locati (19, 2), oder *exactissima* dilig., §. 1. de oblig. quae ex contr. vgl. mit l. 20. C. de negot. gest. Ebenso werden auch Geschäfte, die jener Theorie nach verschieden beurtheilt werden müssen, z. B. locatio und commodatum in den Gesetzen ganz gleichgestellt, l. 5. §. 15. fin. commod. und in Rechtsverhältnissen wo culpa levissima von den Trichotomisten verlangt wird, reden unsere Gesetze nicht selten nur von bloser culpa, oder von einer dilig. diligentis patrisfam., denn so wird z. B. um die actio legis Aquiliae zu vermeiden, in der einzigen Stelle, in welcher der Ausdruck: culpa levissima vorkommt, in l. 44. pr. ad. leg. Aquil. (9, 2) die Vermeidung der culpa levissima verlangt; in l. 31. eod. wird dies aber so umschrieben: cum, quod a *diligenti* provideri poterit, non esset provisum.

Vgl. überhaupt noch außer den schon angeff. Schriften von Löhr und Hasse, Seuffert Erörtr. I. S. 102 fgg., Braun's Erörtr. S. 254 fgg.; (Göschen) Grundriß S. 203 fgg., Vorlef. §. 393, Puchta System S. 147 fgg. in der Note; Schweppe Handb. I. §. 137. a, Mühlenbruch Lehrb. II. §. 354., Unterholzner Schuldverh. I. S. 275 fgg.

---

3) S. g. diligentia in abstracto und dilig. in concreto. §. 108.

C) Regeln über Prästation der Kulpa. §. 109.

D) Vom Beweis der culpa. §. 110.

Fünftes Kapitel.

Von den Rechten.

Anm. Ueber die Eintheilung der Rechte in dingliche und persönliche, und die damit zusammenhängende Eintheilung der Klagen in **actiones in rem** und **in personam** herrschen sehr verschiedene Ansichten. Vorzüglich kommen folgende in Betracht:

1) Thibaut **de genuina jur. pers. et rer. indole.** Kiel 1796, und in den Versuchen Bd. II. Abh. 2, womit auch dessen Syst. §. 62 und 63. und Braun's Erörtr. S. 69 fgg. zu vergleichen sind, geht von der Begriffsbestimmung der **actio in rem** aus. Wo die römischen Juristen sagten, es sei etwas **in rem** oder **in personam**, da habe dies den technischen Sinn, daß sie Alles, was absolut wirke oder Statt finde, *in rem*, alles Beschränkte aber *in personam* nennten, z. B. **privilegia**, **exceptiones**, **pacta in rem** und **in personam**. Eben dies sei nun auch bei dem Gegensatz von **actio in rem** und **in pers.** der Fall, und

man müsse also unter der erstren diejenige Klage verstehen, die Jemand schlechthin wegen seines Rechts, und ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Verklagten gegen Jeden anstellen könne, welcher sich Angriffe gegen dasselbe erlaube. Daß dieses der wahre Begriff dieser Klage sei, gehe insbesondere noch daraus hervor, daß die **actiones praejudiciales** wegen des **status**, die doch durchaus keine Sachen zum Gegenstand hätten, von den Römern zu den **actiones in rem** gerechnet würden, **§. 13. J. de actionib. (4, 6): Praejudiciales actiones in rem esse videntur**; vgl. **l. 12. pr. ad exhib. (10, 4), l. 40. §. 1. de test. mil. (29, 1), l. 32. de liberali causa (40, 12)** (in welchen Stellen die Präjudizial-Klagen *vindicationes* genannt würden). Nenne man nun mit den Glossatoren jedes Recht, welches eine **actio in rem** erzeuge, **jus in re** oder dingl. Recht, so gehörten dahin außer den Sachenrechten, noch die väterliche Gewalt, und die **status libertatis, civitatis** und **familiae**.

Man muß sich aber nothwendig gegen diese Theorie erklären. Aus jenem römischen Sprachgebrauch folgt nämlich durchaus nicht, daß derselbe nothwendig auch in unsrer Lehre angewendet worden sei, da die Ausdrücke **in rem** und **in pers.** auch eben so häufig in dem vulgären Sinn vorkommen, wornach sie sich auf Sachen und Personen beziehen, und daß gerade dieses Letztere bei der Eintheilung der Klagen der Fall sei, dafür läßt sich schon der in den Basiliken herrschende Sprachgebrauch anführen. Denn, wo der Ausdruck **in rem** so viel wie allgemein oder absolut bedeutet, wird γενικος dafür angewendet, die **actio in rem** wird aber immer durch ἀγωγη περι πραγματος, ἐπι τῳ πραγματι u. dgl. übersetzt. Eben dahin führen auch die Stellen unsres Rechtsbuchs, wo zur Bezeichnung des Begriffs einer **actio in rem** gesagt wird: **actio, qua res postulatur, quae rerum gratia movetur, a. de rebus, a. in ipsas res, a. quae rem sequitur**, vgl. **l. 3, l. 7. §. 1. C. de praescript. XXX. annor. (7, 39), l. 2. C. si unus ex plurib. hered. (8, 32), l. 22. §. 4. famil. hercisc. (10, 2), l. 35. fin. de donat. inter vir et uxor. (24, 1).** Gewiß entscheidend gegen die Thibaut'sche Meinung sind aber die Stellen, in denen die **actio in rem** definirt, und wo das Wesen derselben immer nur darein gesetzt wird, daß der Kläger ein Recht an einer Sache in Anspruch nehme, **l. 25. de O. et A., §. 3. J. de actionib. (4, 6)**, vgl. *Gai.* **IV. 5. 51. 86. 87. 91.** Ganz falsch ist es endlich, daß die Präjudizialklagen zu den **actiones in rem** gerechnet würden. Dieselben gehören vielmehr zu keiner der beiden Arten, indem sich die ganze Eintheilung der **actiones in rem** und **in personam** offenbar nur

auf die actiones in einem engern Sinn, nämlich die mit einer condemnatio verbundenen Klagen bezieht, vgl. l. 35. §. 2. de procuratorib. (3, 3), l. 37. de O. et A. (44, 7). Man nehme nur auch z. B. das Präjudizium, quanti dos sit u. dgl., und man wird leicht einsehen, daß es nicht zu den actiones in rem gezählt werden kann. Der Ausspruch in §. 13. J. cit. beweis't offenbar nichts für das Gegentheil, und um die von Thibaut für sich angeführten Pandekten-Stellen zu verstehen, muß man sich nur erinnern, daß nicht jede Klage in Betreff des status zu den Präjudizien gehörte, sondern daß namentlich für die Freiheit eine wahre vindicatio Statt fand, was sich leicht aus der Ansicht der Römer erklärt, der Freie habe sich selbst im Eigenthum. In jenen Stellen ist nun aber blos von dieser vindicatio, nicht von einer actio praejudicialis die Rede.

2) Duroi geht in seiner, durch eine Menge trefflicher Bemerkungen sehr schätzbaren Abhandlung: Bemerkungen über actio in rem und in personam, jus in re und obligatio; im ziv. Arch. VI. S. 252 fgg. und S. 386 fgg. ebenfalls von der Grundansicht aus, daß sich kein durch innere Merkmale bestimmter Begriff von dinglichem Rechte geben lasse, sondern man müsse nothwendig die Fälle, in denen im röm. Rechte eine actio in rem gegeben sei, historisch zerlegen. Diese actio in rem sei aber nicht, wie man gewöhnlich annehme, ein Gattungsbegriff, sondern vielmehr nur eine bestimmte einzelne Klage, nämlich die Klage über das Eigenthum an einer res corporalis, cf. l. 25. de O. et A., und die anderen vorher angegebenen Stellen. Diese sei aber in mehrfacher Weise als actio utilis ausgedehnt worden, nämlich a) als Klage aus einem Eigenthum an res incorporales und zwar sowohl an jura, d. h. Servituten, als an der hereditas. b) Es sei auch Personen die Eigenthumsklage gegeben worden, die kein dominium hätten, und zwar die Eigenthumsklage in eignem Namen; dahin gehöre die actio Publiciana, die actio in rem des Superfiziar und Emphyteuta, und einige andere spezielle Fälle. c) Es sei endlich Personen, die kein Eigenthum hätten, eine Eigenthumsklage aus fremdem Eigenthum gegeben, und dahin gehöre vorzugsweise die actio in rem hypothecaria. — Wolle man nun diese hierbei vorkommenden Rechtsverhältnisse dingliche Rechte nennen, so lasse sich dagegen nichts einwenden; nur dürfe man nicht glauben, daß sie sich auf irgend eine Weise näher bestimmen ließen, als dadurch, daß bei ihnen allen die Eigenthums-Klage vorkomme, freilich auf sehr verschiedene Weise, indem bald aus einem Eigenthum an res corporales, bald aus einem Eigenthum

an **res incorporales**, bald aus fingirtem und bald aus fremdem Eigenthum geklagt werde.

Wie aber Thibaut's Begriffsbestimmung der **actio in rem** zu weit ist, so ist Duroi's Begriff gewiß zu beschränkt, denn die Behauptung, daß dies gar nicht eine Gattung von Klagen, sondern nur eine einzelne Klage sei, scheitert wohl schon an dem sehr oft in unsren Quellen vorkommenden Gegensatz zwischen **actio in rem** und **in personam**, dann aber auch an Begriffsbestimmungen, wo die **actio in rem** nicht blos auf das Eigenthum an einer **res corporalis** beschränkt wird, vgl. **§. 3. J. de actionib.** Vorzugsweise aber spricht dagegen, daß für die Eigenthumsklage noch ein besondrer technischer Name vorkommt, nämlich *rei vindicatio*, was zwar Duroi leugnet, a. a. O. S. 256 fgg., aber gewiß mit Unrecht, denn es kann diese Terminologie allein schon bewiesen werden durch die Titelüberschriften in den Pandekten und im Kodex, **cf. tit. Dig. et Cod. de rei vindicatione (6, 1) (3, 32)**, womit aber auch noch viele andre Stellen verbunden werden können, z. B. **§. 3. J. de emt. et vend. (3, 24), §. 19. J. de oblig., quae ex del. (4, 1), l. 7. de R. V., l. 7. §. 8. de Publ. act. (6, 2), l. 2. de tigno juncto (47, 3), l. 1. fin. regund. (10, 1), l. 1. §. 17. si is, qui test. lib. (47, 4), l. 35. §. 4. de contrah. emt. (18, 1), l. 8. C. depositi (4, 34), l. 10. C. de rescind. vendit. (4, 44), l. 3. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (4, 54), l. 12. C. de furt. (6, 2)**, Puchta im Rhein. Mus. **I.** S. 296 fgg., Büchel über **jura in re** und deren Verpfändung S. 11. Note. — Insbesondere muß auch endlich noch gegen Duroi geltend gemacht werden, daß er seinen speziellen Begriff von **actio in rem** nur durch sehr gezwungene Annahmen in Betreff der einzelnen dinglichen Rechte retten kann, was aber passender bei diesen Rechten selbst auszuführen ist.

3) Faßt man die Quellen unbefangen auf, so möchten sich folgende Resultate ergeben: Die Römer bezeichnen die **actio in personam** als eine Klage, die sich auf ein **dare vel facere oportere** gründet, *Gai.* **IV. §. 2. 3. 5, §. 1. 15. J. de actionib.** und die **obligatio** wird uns charakterisirt als eine Pflicht **ad dandum aliquid vel faciendum**, *Gai.* **II. §. 38. 39; pr. J. de oblig., l. 3. pr. de O. et A.** Daß also die erstre eine Klage auf Realisirung der letztren ist, und die **obligatio** der **actio in personam** vollkommen entspricht, darf nicht bezweifelt werden. Es besteht aber das Wesen der **obligatio** darin, daß es ein Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen ist, vermöge dessen die eine der andern zu einer

bestimmten Handlung verpflichtet ist. — Hieraus möchte aber mit Nothwendigkeit folgen, daß der actio in rem ebenfalls eine bestimmte Klasse von Rechten entspreche, und wenn sich hierfür im röm. Rechte auch kein eigner substantivischer Gattungsname findet (vgl. jedoch l. 19. pr. de damno infecto (39, 2), l. 30. de noxalib.) actionib. (9, 4), l. 71. §. 5. de legat. I., l. 20. de legat. III., l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. annor. (7, 39)), so ist es doch gewiß kein Unrecht, dieselben mit dem recht passenden Namen: dingliche Rechte oder *jura in rem* zu bezeichnen, wo man dann zum Zwecke schärferer Gegenübersetzung die obligationes nicht unpassend persönliche Rechte, oder *jura in personam*, oder auch wohl *jura ad rem* genannt hat. (Die Veranlassung zu dieser Terminologie liegt in cap. 8. de concess. praeb. in 6to (3, 7): — — in quibus jus non esset quaesitum *in re*, licet *ad rem*. Cf. cap. 40. de praebend. et dignitat. in 6to (3, 4), cap. un. clem. de sequestr. poss. (2, 6); cap. 1. Extrav. Joh. XXII. de concess. praeb. (IV.). Das Wesen dieser, der actio in rem entsprechenden Klasse von Rechten besteht aber darin, daß es auf besondren Rechtsgründen beruhende Befugnisse sind, unmittelbar mit bestimmten Sachen Handlungen vornehmen zu dürfen. Eine genauere Entwicklung dieses Begriffs führt zu folgenden Sätzen:

a) Jedes dingliche Recht besteht wesentlich darin, daß der Berechtigte unmittelbar selbst Handlungen vorzunehmen befugt ist, während das Charakteristische der obligatio darein gesetzt werden muß, daß der Berechtigte von einem Andren eine Handlung verlangen kann; woraus von selbst hervorgeht, daß das letzre nothwendig ein besondres Verhältniß zwischen bestimmten Personen voraussetzt, während das dingliche Recht völlig unabhängig von andren Personen existirt. Damit steht nicht im Widerspruch, daß auch bei dem Obligationen-Recht der Berechtigte zur Vornahme eigner Handlungen befugt sein kann, wie ja z. B. der Pächter die Früchte der gepachteten Sache ziehen darf u. dgl., aber es ist dies dann doch nicht der unmittelbare Gegenstand seines Rechts, sondern dieses besteht vielmehr darin, daß ihm eine bestimmte andere Person, der Verpachter, den Fruchtgenuß der Sache einräumen, und bestimmte Zeit hindurch lassen muß, und erst in Folge dieser fortdauernden Einräumung wird ihm die eigne Fruchtziehung rechtlich möglich. Wenn also z. B. der Verpachter das Grundstück verkauft, und sich dadurch die fernere Einräumung unmöglich macht, so wird damit nothwendig die Befugniß des Pachters aufgehoben, und nur Entschädigungs-Ansprüche gegen den wortbrüchigen Verpachter

können noch Statt finden („Kauf bricht Miethe"). Ganz anders stellt sich dagegen das Verhältniß bei dem dinglichen Rechte heraus. Ist dies einmal konstituirt, so steht nun der Berechtigte in keinem weitern Nexus mit dem Konzedenten, sondern er hat das selbstständige Recht gewonnen, die ihm verstatteten Handlungen vorzunehmen, woraus es sich von selbst erklärt, daß z. B. das dingliche Recht des Usufruktuar durch eine Veräußerung der Sache von Seiten des Eigenthümers nicht im Mindesten affizirt wird.

b) Zum Begriff des dinglichen Rechts wird aber auch noch wesentlich erfordert, daß die Befugniß zu eignen Handlungen auf einem besondren Rechtsgrunde beruhe, und nicht blos aus der allgemeinen Rechtssubjektivität hervorgehe. So kann also z. B. das Recht auf Benutzung einer **res communis** oder **res publica** u. dgl. niemals zu den dinglichen Rechten gezählt werden. Damit hängt zusammen, daß das dingliche Recht regelmäßig ein ausschließliches ist, so daß es jedem Andren verboten ist, die in der Befugniß des dinglich Berechtigten liegende Handlung vorzunehmen.

c) Es setzt aber auch der Begriff des dinglichen Rechts voraus, daß die Handlungen, deren Vornahme unmittelbarer Gegenstand dieses Rechts ist, sich auf Sachen beziehen, und so können also z. B. die aus der väterlichen Gewalt, der Ehe u. dgl. hervorgehenen Rechte nicht als dingliche angesehen werden.

d) Die, dem dinglichen Rechte korrespondirende Verbindlichkeit, die nur eine Folge des Rechts ist, aber nicht das Wesen desselben ausmacht, liegt nicht einer bestimmten Person ob, sondern allen Uebrigen außer dem Berechtigten, und kann niemals in positiven Handlungen bestehen. Dagegen besteht das Obligationen-Recht eben nur in der Verbindlichkeit des Andern, und diese Verbindlichkeit, die regelmäßig gerade zur Vornahme positiver Handlungen nöthigt, liegt nur der bestimmten Person ob, in welcher das obligirende Faktum eingetreten ist.

Daß diese Grundverschiedenheiten zwischen dinglichen und persönlichen Rechten — in welcher Eintheilung man nur nicht eine erschöpfende Klassifikation aller Recht erblicken darf, denn es gibt, wie schon unmittelbar aus den obigen Erörterungen hervorgeht, viele Rechte, die weder dingliche, noch persönliche sind — daß, sage ich, diese Verschiedenheiten ganz verschiedene Grundsätze über Erwerb, Verlust u. s. w. zur Folge haben müssen, leuchtet von selbst ein. Namentlich muß auch aus dieser Verschiedenheit der Rechte die große Verschiedenheit der daraus hervorgehenden Rechtsmittel, der dinglichen und persönlichen Klagen, abgeleitet werden, und der umgekehrte Weg, den, freilich in sehr verschiedener Weise, Thibaut und Duroi einschlagen, indem sie von den Klagen

ausgehen, und darnach dann die Rechte bestimmen, erscheint mir, ganz abgesehen davon, daß ihre Ansichten über **actio in rem** unhaltbar sind, als durchaus unstatthaft.

Welche Rechte nun aber dingliche, welche persönliche seien, läßt sich, ungeachtet der angegebenen wesentlichen Verschiedenheiten, nicht **a priori** konstruiren, sondern muß durch positives Gesetz bestimmt werden, und so ist es z. B. zufällig, daß nach römischem Rechte das Miethverhältniß nur ein Obligations-Verhältniß begründet, indem die Entstehung eines dinglichen Rechts für den Miether eben so leicht denkbar wäre. Nach römischem Rechte müssen folgende dingliche Rechte angenommen werden: 1) Eigenthum, als die Befugniß, alle beliebigen Handlungen mit einer bestimmten Sache vornehmen zu können; 2) Freiheit, welche sich nach den Ansichten der Römer als eine Art des Eigenthumsrechts charakterisirt, dessen Objekt der eigne Körper des Berechtigten ist, vgl. meine Abh. über die **Latini Juniani** S. 65 fgg.; 3) Erbrecht, wobei man sich nur hüten muß, an das **jus succedendi** zu denken, sondern es ist hier darunter das Recht zu verstehen, welches für Jemanden nach gemachtem Erbschafts-Erwerb an dem **universum jus defuncti** erwächst, und welches mit einer sehr eigenthümlichen dinglichen Klage, der **hereditatis petitio**, verknüpft ist; 4) die, so zu sagen, materiell dinglichen Rechte an fremder Sache, nämlich Servituten, Emphyteusis und Superfizies; und endlich 5) das Pfandrecht, welches zwar richtiger Ansicht nach, ebenfalls ein dingliches Recht ist, aber sich doch in Folge seiner Grundbedeutung als *obligatio rei* charakteristisch von allen übrigen dinglichen Rechten unterscheidet, und in nahe Verwandschaft mit dem Obligationen-Recht tritt.

---

2) Privilegien.

Wasmuth de privilegiorum natura generatim, et in specie de modis, quib. finiuntur vel amittuntur. Gött. 1787; Hufeland, Handb. Bd. I. S. 209 fgg.

Anm. Ueber die Erlöschung der Privilegien durch Nichtgebrauch finden sich in unsren Quellen nur 3 Aussprüche. Eine Pandektenstelle, l. 1. de nundin. (50, 11), bestimmt den Verlust des Jahrmarkts-Privilegium durch Nichtgebrauch von 10 Jahren, und nach 2 Dekretalen von Alexander III., cap. 6. und 15. X. de privileg. (5, 33), soll das Privilegium der Zehntfreiheit durch Nichtgebrauch von 30 und resp. 40 Jahren aufhören. Bei dieser Dürftigkeit der Quellen sind die Meinungen unsrer Rechtslehrer sehr verschieden. Während nämlich Viele bei allen Privilegien ohne Unterschied eine Erlöschung durch blosen Nichtgebrauch annehmen, ohne jedoch freilich im Einzelnen, namentlich in Betreff der Zeit, übereinzustimmen, vgl. z. B. Thibaut Besitz und Verj. §. 62, Syst. §. 1066. und abweichend in der 8ten Aufl. §. 1028, Schweppe I. §. 26. u. s. w., wollen Andre zwischen affirmativen und negativen Privilegien unterscheiden, und nur bei den letzteren eine Erlöschung durch eigentlichen Nichtgebrauch annehmen, vgl. z. B. Glück II. §. 110, Unterholzner, Verjäh. II. §. 161. u. A. m. Die meiste Billigung verdient wohl die Meinung, welche Hufeland Handb. I. S. 274 fgg. und Mühlenbruch, Lehrb. §. 81. aufstellten, und die nach einer ausführlichen Vertheidigung derselben von Fritz in Gießer Zeitschr. IV. S. 207 fgg., auch von Mackeldey, Lehrb. 10te Aufl. §. 191, Reinhardt, Ergänz. zu Glück I. S. 165, Puchta, Lehrb. §. 31. Not. o. u. A. m. angenommen ist. Hiernach nämlich gibt es gar keine besondre erlöschende Verjährung der Privilegien, sondern es bestimmt sich Alles einfach nach den Grundsätzen, welche gelten würden, wenn das Recht oder die Freiheit, worin das fragliche Privileg besteht, auf eine andere Weise, als durch Privilegium entstanden wären. Bei affirmativen Privilegien handelt es sich also um eine Extinktiv-Verjährung, und zwar tritt hier natürlich allgemein die Klagenverjährung ein, aber es kann auch nach der Beschaffenheit des durch Privileg eingeräumten Rechts eine Verjährung mit kürzeren Fristen schon hinreichen, wie z. B. eine Verjährung von 10 Jahren, wenn eine Servitut durch Privileg konstituirt wurde, und davon findet sich eine Anwendung bei dem Jahrmarkts-Privileg, welches doch gewiß wohl als eine Art von Nießbrauch betrachtet werden muß. Bei negativen Privilegien dagegen handelt es sich um eine Acquisitiv-Verjährung des durch das Privileg aufgehobenen Rechts, und sie kommt also überhaupt nur da vor, wo dieses Recht eine solche Verjährung zuläßt, und mit den Fristen, die darnach erforderlich sind. Anwendungen hiervon enthalten die zitirten Dekretalen. Das Zehntrecht nämlich kann überhaupt durch dreißig-, und an geistlichen Gütern durch vierzigjährigen Besitz begründet werden, c. 4. 13.

X. de praescript. (2, 16), und darnach versteht es sich, daß auch die durch ein Privileg aufgehobene Zehntberechtigung zu ihrem Wiederaufleben einen 30= oder 40jährigen Besitz voraussetzt, oder mit andern Worten, daß das Privileg der Zehntfreiheit durch 30= oder 40jährige Auszahlung des Zehnten erlöscht, was eben der Inhalt jener Dekretalen ist. — Im Resultate stimmt hiermit auch Steppes in der Gieß. Zeitschr. XIV. S. 126 fgg. überein, aber er weicht insofern ab, daß er, m. E. mit Unrecht, annimmt, die beiden zitirten Dekretalen sprächen gar nicht von einer Verjährung, sondern von einem stillschweigenden Verzichte.

---

3) Rechtswohlthaten. §. 117.

III. Vom Erwerb und Verlust der Rechte.

A. Vom Erwerb.

1) Im Allgemeinen. §. 118.

2) Vom Erwerb durch Succession. §. 119.

Hasse über — — Universal= und Singular=Succession; im Arch. für ziv. Prax. V. 1., Savigny Syst. III. S. 8 fgg., *Schwanert* enumeratio per universitatem successionum, quae extant in jure Romano. Goett. 1846.

3) Vom Erwerb in Folge von Veräußerungen.

a) Von Veräußerung überhaupt. §. 120.

b) Insbesondere von der Schenkung.

Inst. II. 7; Dig. XXXIX. 5; Cod. VIII. 54. de donationibus. — Vat. fr. §. 248 sqq. — *de Retes* de donationibus (bei *Meerm.* thes. V. p. 553 sqq.), *Klinkhamer* comment. de donationib. Amstel. 1826; v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Bd. I. Marb. 1835, Bd. II. Abth. 1. 1837, Savigny, Syst. IV. S. 1 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 203 fgg., Schilling, Lehrb. Bd. III. S. 741 fgg.

α) Begriff der Schenkung und Akte, wodurch ein Schenken geschehen kann. §. 121.

Meyerfeld, Abschn. I. und II., Savigny S. 18—165, Schilling §. 348—50.

Anm. Obwohl nicht selten unter Schenkung (donatio) jede Liberalität, oder doch jede auf Zuwendung eines Vermögens-Vortheils gerichtete Liberalität verstanden wird, so muß davon doch scharf der engere oder eigentliche Begriff von Schenkung unterschieden werden, welcher sich praktisch dadurch charakterisirt, daß dabei mehrfache eigenthümliche Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen (besondre Formvorschriften, eigenthümlicher Widerruf, Verbot derselben unter Ehegatten). Dazu gehört nämlich, außer jener allgemeinen Voraussetzung, daß es ein Liberalitäts-Akt sein muß, noch insbesondre, daß diese Liberalität sich in einem auf Willens-Einigung beruhenden Rechtsgeschäft ausspricht, und daß dieses Rechtsgeschäft eine wirkliche Veräußerung enthält. Die einzelnen Merkmale der eigentlichen Schenkung sind demnach folgende:

I. Jede wahre Schenkung muß sich als ein Liberalitäts-Akt charakterisiren, d. h. es muß eine Vermögens-Bereicherung sein, welche freiwillig, unentgeldlich und mit der Absicht der Bereicherung geschieht. Es ist also keine Liberalität, und folglich auch keine Schenkung vorhanden, wenn der Geber zu der Hingabe rechtlich verbunden ist (Freiwilligkeit), l. 29. pr. h. t. (39, 5), l. 82. de R. J.:

„Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur“,

vgl. l. 15. §. 4. locati (19, 2), l. 18. de adim. legat. (34, 4), l. 19. §. 4. h. t., wobei sich nur von selbst versteht, daß das Vorhandensein einer blosen Liebespflicht den Begriff der Liberalität nicht ausschließt. — Eben so ist es keine Liberalität, wenn hingegeben wird, um den Empfänger zu obligiren (Unentgeldlichkeit), denn in diesem Falle ist ein negotium im e. S., aber keine donatio vorhanden, l. 18. pr. §. 1. 2. h. t., l. 17. §. 3. commodati (13, 6), l. 58. pr. de donat. i. v. e. u. (24, 1), l. 24. §. 4. soluto matr. (24, 3), l. 14. de precario (43, 26), Meyerfeld I. S. 17 fgg. — Ferner gehört zum Begriff der Liberalität die Absicht, aus freier Gunst den Andren zu bereichern, l. 1. pr. §. 1, l. 18. §. 1. h. t. (donandi animus, s. die Stellen bei Meyerf. I. S. 7), und wenn also z. B. Jemand aus Noth eine Sache weit unter ihrem wahren Werthe verkauft, oder wenn er um-

gekehrt eine Sache weit über ihren wahren Werth bezahlt, weil er ihrer dringend bedarf u. dgl. m., so ist keine Schenkung vorhanden, weil es an dem **animus donandi** fehlt, Savigny a. a. O. S. 77 fgg. — Endlich wird auch zum Begriff der Liberalität vorausgesetzt, daß auf Seiten des Empfängers eine Vermögens-Vermehrung begründet wird, und wenn also durch das Rechtsgeschäft der Umfang des Vermögens nicht erweitert, sondern etwa nur die Ausübung und Verfolgung vorhandener Rechte gesichert wird, so ist keine Schenkung vorhanden. Hiernach ist es z. B. keine Schenkung für den Gläubiger (obwohl sie es allerdings für den Schuldner sein kann), wenn Jemand eine Bürgschaft bei demselben übernimmt, oder ihm ein Pfand bestellt, l. 1. §. 19. **si quid in fraud.** (38, 5), und eben so ist es auch auf der andren Seite keine Schenkung, wenn der Gläubiger seinem Schuldner blos das Pfandrecht erläßt, indem dadurch wegen Fortdauer der Schuld keine Vermögens-Vermehrung begründet wird, l. 1. §. 1. **fin.**, l. 11. **quib. mod. pign.** (20, 6), l. 18. **quae in fraud. cred.** (42, 8), l. 11. **C. ad SC. Vellej.** (4, 29), Savigny S. 53 fgg. — Nach allem diesem ist es einleuchtend, worauf besonders Meyerfeld §. 5. aufmerksam macht, daß im Begriffe der Schenkung ein negatives Merkmal prävalirt. Alle **datio** nämlich, welches Wort hier in einem weitern Sinne für jede Zuwendung, nicht blos für wirkliche Hingebung einer Sache genommen ist, gründet sich regelmäßig entweder auf eine **causa praeterita**, d. h. sie setzt eine Obligation voraus, sie geschieht also *solvendi* **animo**; oder sie geschieht **propter causam futuram**, d. h. sie soll eine Obligation erzeugen, sie geschieht also *credendi* **animo**. Wenn nun aber eine **datio** weder **solvendi**, noch **credendi causa** geschieht, wenn also weder der Geber juristisch verbunden ist, noch der Empfänger es wird, wenn es also ein **dare** ist, **quo nec contrahitur obligatio**, **nec distrahitur**, dann ist es Schenkung. Darnach also lassen sich dann alle Vermögens-Zuwendungen ihrer **causa** nach auf die 3 Klassen zurückführen, daß sie entweder **solvendi**, oder **credendi**, oder **donandi causa** geschehen; vgl. auch l. 65. §. 4. **ad SC. Trebell.** (36, 1): **si jussu meo traduntur, cui ego — — eas** ***praestare debuerim,*** **vel** ***in creditum ire,*** **vel** ***donare voluerim;*** l. 49. **de solut.** (46, 3): **si jussu ejus alii solvitur, vel** ***creditori*** **ejus, vel** ***futuro debitori*****, vel etiam** ***ei, cui donaturus erat;*** u. s. auch l. 36. **de acqu. rer. dom.** (41, 1).

II. Das zweite wesentliche Merkmal der Schenkung besteht in dem Dasein einer Veräußerung, d. h. es muß dadurch das bereits erworbene Vermögen des Schenkers gemindert werden. Der Beweis hierfür liegt nicht blos in zahlreichen Stellen, in denen

solche Liberalitäten, welche keine Veräußerungen sind, nicht unter die eigenthümlichen Grundsätze d. Schenkungen gestellt werden, (s. unten), sondern es wird auch sehr oft die Schenkung geradezu als eine Art der Veräußerung angeführt, vgl. z. B. §. 3. J. de locat. et cond. (3, 24), l. 3. §. 8. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), l. 3. pr. C. de quadr. praescr. (7, 37), Nov. 7. c. 1. u. a. m. (s. zahlreiche Stellen bei Schilling S. 765. Not. cc.); vgl. auch l. 31. §. 7. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1): „non videtur ea esse donatio, *quia nihil ex bonis meis deminuitur*". So ist es also namentlich keine eigentliche Schenkung, wenn durch die Liberalität der Umfang des Vermögens gar nicht berührt wird, und Mandat, Depositum, Kommodatum, Prekarium gehören zwar unzweifelhaft zu den Liberalitäts-Akten und zu den Schenkungen im weitern Sinne (Schilling S. 756. u. die dazu gehörigen Noten), aber sie stehen nicht unter den besondren Grundsätzen der eigentlichen Schenkung, l. 9. §. 3. de jure dot. (23, 3), l. 18. l. 58. §. 2. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), Meyerfeld I. S. 52 fgg., Savigny S. 27 fgg. So ist es ferner keine eigentliche Schenkung, wenn Jemand kein erworbenes Recht aufopfert, sondern nur aus Wohlwollen gegen einen Dritten einen Erwerb unterläßt; denn eine solche Unterlassung ist keine Veräußerung, l. 28. pr. de V. S., und es treten also nicht die besondren Grundsätze der Schenkungen ein, wenn z. B. Jemand eine Erbschaft oder ein Legat ausschlägt, um dasselbe dem nach ihm Berufenen zuzuwenden, l. 5. §. 13. 14, l. 31. §. 7. de donat. inter. vir. et uxor. (24, 1), wenn man eine actio vindictam spirans absichtlich erlöschen läßt, arg. l. 1. §. 7. 8. si quid in fraud. (38, 5), wenn man künftig fällig werdende Zinsen erläßt l. 23. pr. h. t., u. dgl. m. Savigny S. 28 fgg.

III. Das dritte wesentliche Erforderniß der Schenkung ist die Willens-Einigung zwischen dem Schenker und dem Beschenkten, indem von einer wahren Schenkung niemals eher die Rede sein kann, bis der Beschenkte von dem Liberalitäts-Akte Kunde bekommen, und sich damit — ausdrücklich oder stillschweigend — einverstanden erklärt hat, l. 19. §. 2. h. t. „non potest liberalitas nolenti acquiri", Cic. Top. c. 8. fin.: „neque donationem sine acceptione intelligi posse", vgl. l. 10. h. t., l. 55. de O. et A. (44, 7), l. 16. C. de jure delib. (6, 30). So ist es z. B. keine wahre Schenkung, wenn ich meine Sache absichtlich von einem Dritten usukapiren lasse, so lange der Dritte von meinem Eigenthum keine Kunde hat, während es allerdings zur Schenkung wird, sobald der Dritte diesen Sachverhalt in Erfahrung bringt, l. 44. de donat. int. vir. et ux. (24, 1) verb.: „— — et hoc

et mulier noverit — —, quia transiit in causam ab eo factae donationis" (vgl. unten §. 225. T. 2). So ist es ferner keine Schenkung, wenn ich **animo donandi** Jemanden eine Summe Geldes gebe, während der Empfänger glaubt, ein Darlehn zu empfangen, **l. 18. de rel. cred. (12, 1): „si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse**"; u. dgl. m. Natürlich soll hiermit nicht gesagt sein, daß der ganze Akt bis zur hinzukommenden Einwilligung des Beschenkten ganz wirkungslos sei — denn dies ist keineswegs immer der Fall —, sondern nur, daß ein solcher Akt, ehe die Einwilligung des Beschenkten hinzutrete, nicht unter den eigenthümlichen Grundsätzen der Schenkung stehe, und wenn ich also z. B. **animo donandi** Jemandes Schuld durch Zahlung oder **expromissio** tilge, oder wenn ich mich bei Jemandes Gläubiger **animo donandi** verbürge; so haben solche Handlungen alsbald juristische Wirkungen; der Schuldner wird sogleich liberirt, ich werde alsbald obligirt; aber als Beschenkter kann der Schuldner erst dann gelten, wenn er meine Liberalität erfährt und acceptirt. Der Einwand Savigny's S. 145 fgg., daß durch diese Annahme die gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung völlig illusorisch werden würden, und die Berufung auf **l. 5. §. 4, l. 7. §. 7, l. 50. pr. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1)** scheinen sich mir durch die bekannten Grundsätze über das, was **in fraudem legis** geschieht, genügend zu erledigen. Vgl. auch Puchta Kursus der Institut. Bd. II. §. 205. not. p., Vorles. über das heutige röm. Recht I. S. 146, Boecking Institut. I. §. 106 Not. 12. Schilling S. 757 fgg., u. die dazu gehörigen Noten. — Wenn übrigens Viele wegen des hier besprochenen Erforderniſſes von einer nothwendigen Vertrags-Natur der Schenkung reden, so beruht dies nur auf dem freilich sehr verbreiteten, aber nach meiner Ueberzeugung ganz verwerflichen und unrömischen Sprachgebrauch, wornach jedes Geschäft, zu dessen Wesen eine Willens-Einigung, ein **consensus**, gehört, Vertrag genannt wird; ein eigentlicher (ein s. g. obligatorischer) Vertrag gehört natürlich in keiner Weise zu den wesentlichen Erforderniſſen der Schenkung. —

Aus dem hier entwickelten Wesen der Schenkung geht von selbst hervor, daß die Schenkung nicht ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft, etwa wie Kauf oder Tausch u. dgl. ist, sondern daß dieselbe in den allerverschiedensten Formen hervortreten, und durch ganz verschiedenartige Akte realisirt werden kann, und zwar lassen sich dieselben im Allgemeinen unter die drei Hauptgesichtspunkte: *dare*, *obligare*, *liberare* zusammenfassen, vgl. Meyerfeld I. S. 93 fgg., Savigny S. 104 fgg., Schilling §. 350.

S. 770 fgg. Hierin liegt aber auch von selbst die Rechtfertigung für die Stellung, welche hier der Lehre von den Schenkungen gegeben worden ist, indem sich in dem besondren Theile offenbar kein geeigneter Platz für dieselbe findet, weder in der Lehre von den Eigenthums-Erwerbungen, wo sie in Justinian's Institutionen, II. 7, abgehandelt wird (offenbar aus dem historischen Grunde, weil ehedem zur Perfektion der Schenkung Eigenthums-Uebertragung erforderlich war), noch auch in der Lehre von den obligatorischen Verträgen, wo sie jetzt meistens in den Lehr- und Handbüchern dargestellt wird. Mit größtem Rechte haben daher manche Neuere, besonders nach dem Vorgange Puchta's System. §. 35. Lehrb. §. 68 fgg., Kursus d. Institt. II. §. 205, die Lehre von der Schenkung in den allgemeinen Theil gestellt, vgl. Savigny a. a. O., Boecking Institt. I. §. 106, Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 23.

β) Erfordernisse der Schenkung. §. 122.

Anm. 1. Das einfache, in keiner der vielen Abhandlungen genügend hervorgehobene Prinzip der *lex Cincia* war folgendes: wenn über die gesetzliche Summe an eine **persona non excepta** geschenkt wird, so ist die Schenkung erst dann perfekt, wenn der Schenker, um seine Liberalität zu realisiren, aus allem und jedem Verhältniß zu dem geschenkten Gegenstand herausgetreten ist. So lange nämlich noch irgend ein solcher Nexus besteht, kann die Schenkung vermittelst der **exceptio** oder **replicatio legis Cinciae** unwirksam gemacht werden. Gesetzt also, es will Jemand eine bewegliche **res mancipi** verschenken, und er hat zu diesem Zweck eine Stipulation abgeschlossen, so steht der **actio ex stipulatu** des Beschenkten die **exceptio legis Cinciae** entgegen. Aber auch, wenn der Schenker die Sache wirklich tradirte, ist doch die **donatio** noch **imperfecta**, weil noch immer das **nudum jus Quiritium** bei dem Schenker zurückbleibt; dieser kann also die **vindicatio** anstellen, und die **exceptio rei donatae et traditae** wird durch die **replicatio legis Cinciae** elidirt. Ja selbst, wenn der Schenker nicht blos tradirt, sondern auch manzipirt oder **in jure** zedirt hat, so ist doch die Schenkung zunächst noch imperfekt, weil der Schenker noch so lange als Besitzer gilt, bis der Beschenkte **majore parte anni** besessen hat; der Schenker stellt also das **interdictum** *retinendae* **possessionis**, nämlich das **interd. utrubi** an, und die **exc. rei traditae** wird auch hier durch die **replicatio leg.**

Cinciae unwirksam gemacht. Vgl. übrigens über die lex Cincia: v. Savigny in der gesch. Zeitschr. IV. 1. (noch vor Auffindung der Vatikanischen Fragmente geschrieben); *Rudorff* de lege Cincia. Berol. 1825; *Wenck* in praef. ad Hauboldi opusc. I. pag. XXXVIII. sqq.; Franke ziv. Abh. Nro. 1.; *Klinkhamer* l. c. cap. II.; *de Schröter* obs. jur. civ. Nr. V.; Hasse im Rhein. Mus. I. S. 185 fgg.; III. S. 174 fgg.; Unterholzner das. II. S. 436 fgg.; III. S. 153 fgg.; Schilling Bemerk. über röm. Rg. S. 99 fgg.; *Bruns* quid conferant Vat. fragmenta ad melius cognosc. jus Rom. p. 112 sqq., Liebe Stipulat. S. 105 fgg., Puchta Kurs. d. Institut. II. §. 206, Schilling Lehrb. III. S. 850 fgg. — Schrader in der Tüb. Zeitschr. I. S. 184 fgg., Zimmern Crl. Jahrb. VI. S. 48 fgg., Warnkönig das. XIII. S. 245 fgg.

Ueber die spätere Fortbildung des Rechts vgl. man Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 175 fgg., *Wenck* l. c. §. XIV. sqq., *Klinkhamer* cit. p. 154 sqq, Unterholzner cit. S. 167 fgg., Schilling Lehrb. S. 889 fgg.; s. auch Liebe Stipulat. S. 131 fgg.

Anm. 2. Ueber die bei großen Schenkungen nöthige Insinuation vgl. vorzüglich Marezoll in der Gießer Zeitschr. I. Abh. 1, Savigny S. 209 fgg., Schilling S. 919 fgg. — Einige Schwierigkeit macht wegen Dunkelheit des hier einschlagenden Gesetzes der Fall, wenn eine jährliche Rente den Gegenstand der Schenkung bildet. Justinian in l. 34. §. 4. C. h. t. (8, 54) sagt darüber, daß dieser Fall unter den Alten sehr bestritten gewesen sei, und er ihn deßhalb jetzt bestimmt entscheiden wolle. Die Entscheidung lautet:

„Nos autem certa divisione concludimus, ut (I), si hujusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur vel dantis, vel accipientis, multae intelligantur donationes et liberae a monumentorum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis suggessit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem. Sin autem (II) etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel (III) adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus, qui donationem accipiet, tunc quasi perpetuata donatione et continuatione ejus magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intelligatur et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum

modum, et omnimodo acta reposcere, et aliter minime convalescere".

Die beiden ersten Fälle machen nicht die mindeste Bedenklichkeit. Der erste Fall ist, wenn die geschenkte Rente auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten gestellt ist, und die Entscheidung geht dahin, daß hier jede einzelne Rate als besondre Schenkung gelten soll, weil es ja ungewiß ist, ob der Schenker oder Beschenkte auch nur den nächsten Zahlungs-Termin erleben werden; wenn also der Betrag der einzelnen Rente nicht schon eine große Schenkung ausmacht, so bedarf es niemals einer Insinuation. Der zweite Fall aber ist, wenn die geschenkte Rente auch auf die Erben des Schenkers und des Beschenkten gestellt ist, und hier entscheidet Justinian, daß wegen der immer währenden Dauer („quasi perpetuata donatione") unbedingt eine große Schenkung angenommen werden, und also stets eine Insinuation nöthig sein soll, mag die einzelne Präftation so groß oder so klein sein, wie sie will. — Diesem zweiten Falle wird nun vom Kaiser sowohl in der Entscheidung selbst, als auch in den Entscheidungsgründen ein dritter ganz gleichgestellt in den Worten:

„vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus, qui donationem accipiet",

und gerade dieser dritte Fall ist es, welcher sehr streitig ist. Gewöhnlich versteht man darunter die Schenkung einer Rente, welche auf eine bestimmte genannte Reihe von Lebensjahren des Schenkers oder Beschenkten gestellt sei, und die Entscheidung soll dann die sein, daß hier die Leistungen der bestimmten Jahre zusammengerechnet werden müßten, und wenn ihr Betrag 500 solidi übersteige, Insinuation nöthig sei, vgl. z. B. Marezoll a. a. O. S. 21 fgg. Da aber diese Auslegung offenbar unzulässig ist, indem weder Justinian's Entscheidung („*omnimodo* acta reposcere"), noch auch, und zwar noch viel weniger die Entscheidungsgründe („donatione quasi *perpetuata*") für diesen Fall passen würden, vgl. auch Savigny S. 214 Not. r, Schilling S. 926 Not. p: so hat man durch Text-Veränderungen zu helfen gesucht. So will *Cujac.* observ. XV. 22 und comm. in l. 16. de V. O. (opp. I. p. 1173), besonders auf die Auktorität einer Basiliken-Scholie (ad Basil. XLVII. l. 66 bei Heimb. tom. IV. p. 590), statt: „vel adjiciatur" lesen: „*nec* adjiciatur" oder: „vel *non* adjiciatur", was den guten Sinn geben würde, daß dem Falle, wenn ausdrücklich die Erben der Interessenten genannt sind, der andre gleichgestellt wird, wenn dies stillschweigend dadurch geschehen sei, daß nur nicht die Beschränkung auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten

hervorgehoben sei, vgl. auch **Voet ad. Pand. XXXIX. 5. §. 16**, Schilling **cit. u. a. m.** Dagegen will Savigny **cit.**, auf die Auktorität einer seiner Codex-Handschriften lesen: **„vel adjiciatur tempus vitae** ***heredum*** **vel donatoris etc."** und der Sinn soll der sein: „wenn auch nicht die **heredes** unbestimmt genannt sein sollten (also mit stillschweigender Ausdehnung auf alle fernere Erben), sondern so daß die Rente begrenzt sein soll durch den Tod der nächsten Erben". Ich kann keiner dieser Ansichten, und am wenigsten der Savigny'schen beistimmen, vgl. gegen diese auch Schilling a. a. O. S. 927, sondern nach meinem Dafürhalten soll in den bestrittenen Worten einfach der Fall angedeutet werden: „wenn die geschenkte Rente ausdrücklch nur über die Lebenszeit eines von Beiden, des Schenkers oder des Beschenkten, erstreckt sei", und dieser Fall wird den andren gleichgestellt, wenn ausdrücklich die Erben Beider, des Schenkers und des Beschenkten genannt sind. — Der weitere mögliche Fall, daß eine Rente gerade auf eine bestimmte Reihe von Jahren geschenkt wird, ist zwar in Justinian's Entscheidung nicht besonders erwähnt, kann aber auch gar nicht zweifelhaft sein, denn es versteht sich von selbst, daß hier die Renten der mehreren bestimmten Jahre zusammengezählt werden müssen, und wenn sie zusammen eine große Schenkung ausmachen, die Insinuation erforderlich ist.

γ) Wirkungen der Schenkung. §. 123.

δ) Revokation der Schenkung. §. 124.

Cod. VIII. 56. de revocandis donationibus. — *Donell.* comm. jur. civ. XIV. c. 26 sqq., Savigny S. 224 fgg., Schilling §. 363. 64, S. 956 fgg.

1) *Justinian.* l. 10. C. h. t.: Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut (1) injurias atroces in eum effundat, vel (2) manus impias inferat, vel (3) jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel (4) vitae periculum aliquod ei intulerit, vel (5) quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis

argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus. — — Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuit, silentium ejos maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur vel adversus ipsum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores. — (Ueber das noch beschränktere Revokationsrecht der mater binuba siehe unten §. 227. Anm. 1. gegen E.).

2) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 5. C. de inoff. donat. (3, 29): Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocunque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur. (Vgl. unten Bd. II. §. 482. Anm. bei I. a. E.).

3) *Constantius* et *Constans* l. 8. C. h. t.: Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Vgl. *Jac. Gothofred* ad l. 3. C. Th. de revoc. donat. (8, 13), Savigny S. 228 fgg.

ε) Besondere Arten der Schenkung. §. 125.

Cod. VIII. 55. de donationibus, quae sub modo conficiuntur.

Anm. Ueber donatio *sub modo* vgl. *Bergmann* de natura donationum sub modo, Gött. 1808, *Waechter* de condict. causa data c. n. s. Tüb. 1822. p. 89 sqq., Meyerfeld §. 20., Savigny S. 280 fgg., und über donatio *remuneratoria: Schildener* de differentiis inter donation. simplicem et remuneratoriam spuriis. Jen. 1798, Mahir über die Natur und Wesenheit der donatio remuneratoria. München 1828, Kritz, Sammlung von Rechtsfällen, Leipz. 1833. Nr. 1., Meyerfeld §. 19.,

Savigny S. 88 fgg. Daß bei der remuneratorischen Schenkung der Gesichtspunkt einer **naturalis obligatio** zu Grunde liege, wie oft behauptet wird, ist gewiß irrig, und wird durch die dafür angeführten **l. 25. §. 11. de H. P.** (5, 3), **l. 27.**, **l. 34. §. 1. de donat.**, **l. 54. §. 1. de furt.** (47, 2) nicht bewiesen. Nur soviel darf man zugeben, daß dann, wenn man zur Vergütung geleisteter Dienste wirklich geschenkt hat, dies einiger Maaßen so anzusehen ist, als ob man eine Schuldigkeit erfüllt habe, während, wenn hier eine wirkliche **naturalis oblig.** vorläge, eine etwa durch Kompensation u. dgl. geltend zu machende Verpflichtung zu einer Gegenschenkung vorhanden wäre. Hiernach müssen im Allgemeinen bei der remunerator. Schenkung die Grundsätze über gewöhnliche Schenkungen Platz greifen, wie namentlich in Betreff der Insinuation, Marezoll in Gießer Zeitschr. I. S. 30 fgg., der subjektiven Beschränkungen u. s. w. Nur bei der Revokation der Schenkung wegen Undankbarkeit wird der vorher angedeutete Gesichtspunkt bedeutend, **l. 34. §. 1. de donat.: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est;** vgl. auch *Paul.* **rec. sent. V. 11. §. 6.** Wenn Meyerfeld S. 374 fgg. und Savigny S. 96 fgg. dies nur auf den Fall beschränken wollen, wenn das **beneficium**, welches durch die Remuneration hat vergolten werden sollen, inäſtimabel sei, so ist dies wohl kaum zu billigen, und nur so viel kann man zugestehen, daß die Gegenleistung nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienst stehen darf, indem sonst die Grundsätze der reinen Schenkung dabei eintreten müssen. Uebrigens muß man konsequent sagen, daß auch die erste Schenkung, wenn nachher eine Remuneration dafür erfolgte, den Charakter der reinen Schenkung einbüßt, und nun eben so wenig wegen Undanks revozirt werden darf, wie die **donat. remuneratoria** selbst, vgl. **l. 25. §. 11. de H. P. verb.: velut genus quoddam hoc esset** ***permutationis;*** s. auch Meyerfeld S. 370.

Ueber die vielfach eigenthümliche *mortis causa donatio* wird in besserem Zusammenhang im Erbrechte die Rede sein; vgl. B. II. §. 561 fgg.

B) Vom Verlust der Rechte.

1) Im Allgemeinen. §. 126.

Anm. Von nicht geringem Einfluß ist es, ob ein Recht *ipso jure* oder ob es *ope exceptionis* verloren geht. Die wichtige prozessua-

lische Bedeutung dieses Unterschieds ist freilich schon im Justinianischen Rechte mit dem Wegfallen des Formularprozesses hinweggefallen. Dies ist aber sicher nicht auch mit den materiellen Unterschieden zwischen jenen beiden Erlöschungsarten der Fall, so gewöhnlich man auch das Gegentheil behauptet. Wenn nämlich ein Recht **ipso jure** erloschen ist, so ist es in dem Augenblick, wo der diese Erlöschung herbeiführende Umstand eingetreten ist, gar nicht mehr vorhanden; die Umstände dagegen, welche nur **ope exceptionis** eine Erlöschung herbeiführen, vernichten nicht unmittelbar das fragliche Recht, sondern begründen nur ein andres entgegenstehendes Recht, so daß also eine Kollision von Rechten eintritt. Ist nun das **jus exceptionis** wirklich durchgesetzt, dann ist es freilich dem Effekte nach ganz so, als wenn das **jus actionis ipso jure** zerstört wäre, und insofern konnte Paulus in **l. 112. de R. J.** sagen: **nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.** Ein in die Augen fallender Unterschied ist aber der, daß ein **ipso jure** erloschenes Recht niemals wieder revivisziren kann, während, wenn nur ein **ope exceptionis** wirkender Umstand entgegengetreten ist, das alte Recht vollkommen wirksam bleibt, wenn das **jus exceptionis** aus irgend einem Grunde wieder wegfällt. Im erstren Falle kann nämlich natürlich immer nur ein neues Recht wieder entstehen, und zwar sind zu seiner Entstehung eben so alle Voraussetzungen nöthig, als wenn das frühere Recht gar nie da gewesen wäre; namentlich also kann der blose Verzicht niemals zu der Begründung dieses neuen Rechts genügen, wenn nicht in dem Verzicht zugleich die positiven Erfordernisse einer Rechtsbegründung enthalten sind, vgl. **l. 27. §. 2. de pact. (2, 14): Si pactum conventum tale fuit, quod actionem tolleret** (d. i. die Klage **ipso jure** vernichtet), **velut injuriarum, non poterit, postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem reparandam inefficax est; non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti, non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.** Ganz anders verhält sich dies dagegen im zweiten Falle; da hier nicht das alte Recht aufgehoben, sondern nur ein neues kollidirendes Recht begründet ist, so muß nothwendig, wenn dies entgegenstehende Recht auf irgend eine Art, namentlich durch bloßen Verzicht aufgehoben ist, das alte Recht nicht eigentlich wieder aufleben, denn es hat noch gar nicht aufgehört, sondern in seiner vollen Wirksamkeit verbleiben. So heißt

es in der l. 27. cit. unmittelbar vor den ausgezogenen Worten: **Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret. Prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure; sicut stipulatio tollitur per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur**, vgl. auch *Gai.* **IV. 126. pr. J. de replicat. (4, 14), l. 4. §. 4., si quis cautionib. (2, 11), l. 12. de novat. (46, 2), l. 28. pr. de legat. 1., l. 13. de liberat. leg. (34, 3), l. 70. pr. ad SC. Trebell. (36, 1).** — Mit diesem Unterschiede hängt auch der andre zusammen, daß für eine **obligatio**, welche **ipso jure** ganz zerstört ist, niemals eine accessorische Obligation, namentlich Bürgschaft oder Pfandrecht begründet werden kann, während dies im Falle einer blos **ope exceptionis** wirkenden Erlöschung allerdings unter Umständen möglich ist, **l. 32. de pact., l. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14, 6), l. 5. pr. de liberat. leg.** — Wenn man aber auch als unterscheidendes Merkmal der beiden Gattungen von Erlöschungsgründen hat annehmen wollen, daß im Falle einer Erlöschung **ipso jure** stets die ganze **obligatio** vernichtet werde, dagegen im andren Falle noch eine Naturalobligation übrig bleiben könne, Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 16., so ist dieses völlig irrig, denn in beiden Fällen auf gleiche Weise kann es kommen, daß noch eine **natural. oblig.** übrig bleibt, so wie auch umgekehrt in beiden Fällen die ganze **obligatio** zerstört werden kann. — Vgl. überhaupt v. Löhr in seinem Magaz. IV. S. 146 fgg. und im ziv. Arch. X. S. 74., besonders aber Büchel zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. S. 2 fgg., vorz. S. 20 fgg.

---

2) Insbesondere:

a) vom Verzichte. §. 127.

Graebe, die Lehre d. Verzichts nach d. Quellen bearbeitet. Kass. 1843.

Anm. Ueber die Frage: ob, damit die Entsagung auf ein Recht für den Entsagenden bindend sein, Acceptation des durch den Verzicht Gewinnenden erfordert werde? vgl. man bes. Fritz im ziv. Arch. VIII. Nro. 15., und dess. Erläutr. zu Wening S. 206 fgg., 385 fgg., 543 fgg., dessen Meinung dahin geht, daß dann Accep-

tation stets erforderlich sei, wenn durch die Aufgebung unmittelbar ein Vortheil für einen Andern begründet würde, also nicht blos bei Forderungsrechten, sondern namentlich auch bei jura in re aliena, vgl. auch Savigny Syst. IV. S. 544 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 25. bei Not. 14. Das Richtige ist dagegen gewiß, daß bei Forderungsrechten und dem Pfandrechte, als einer obligatio rei allerdings Acceptation nöthig ist, nicht aber auch bei den materiell dinglichen Rechten, eine Unterscheidung, die sich aus der Natur dieser Rechte konsequent ergibt, und durch kein Gesetz widerlegt wird.

---

b) Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. §. 128.

Anm. Ueber die nöthigen Modifikationen dieses Satzes vgl. Fritz im ziv. Arch. VIII. Nro. 11., und dess. Erläutr. S. 265 fgg.

C) Von der Verjährung, als Grund von Rechtserwerb und Verlust.

Ravii principia univ. doctr. de praescriptione rel. Jen. 1766. c. not. *Eichmann* Hal. 1780. — Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Th. II. — Dabelow über die Verjährung. 2 Bde. Halle 1805 und 7, bes. aber Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 2 Bde. Leipz. 1828.

1) Von der Verjährung im Allgemeinen. §. 129.

2) Insbesondere von der Immemorial-Verjährung. §. 130.

Thibaut a. a. O. §. 74 fgg.; Kritz exeget. prakt. Abh. S. 146 fgg.; Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. Nr. 1.; Unter-

holzner §. 140 fgg.; Schelling die Lehre v. d. unvordenklichen Zeit. München 1835; Arndts Beiträge I. S. 126 fgg., Savigny Syst. IV. S. 480 fgg; Buchka der unvordenkliche Besitz des gem. deutschen Zivilr. Heidelb. 1841; Friedländer d. Lehre von der unvordenklichen Zeit. Marb. 1843, Pfeiffer über d. altgermanischen Ursprung d. Lehre vom unvordenklichen Besitze; in der Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. VIII. Nr. 1; Ders. prakt. Ausführ. Bd. VII. Nr. 8. S. 175 fgg.

1) *Pompon.* l. 3 §. 4 de aqua quotid. et aest., (43, 20): Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

2) *Labeo* libr. VII. Pithanon a *Paulo* epitomatorum. l. 28. de probat. (22, 3): Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: immo, quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet, nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita, quod Graeci dicere solent ἐν πλάτει. Enim potest hoc memoria non teneri, intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum qui meminerit, quibus Consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex iis audiisse, qui vidissent aut audiissent, et hoc infinite sursum versum accidit: tum memoriam operis facti non extare. Vgl. auch Basil. XXII. 1. fr. 28 u. das schol. dazu bei Heimb. II. p. 480, u. f. l. 2. §. 8. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3) *Paul.*: Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. — (Obwohl der Sinn der l. 28. cit. im Ganzen sehr klar ist, so ist doch im Einzelnen über Kritik und Interpretation dieser etwas verworrenen Stelle viel gestritten worden, vgl. darüber Glück XXI. S. 405 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. t. tom. IV. p. 178, Unterholzner a. a. O. S. 504, Schelling cit. S.

41 fgg., Savigny S. 518, Friedländer a. a. O. II. S. 70 fgg., Huschke in der Gieß. Zeitschr. neue Folge IV. S. 103 fgg.).

IV. Konkurrenz und Kollision der Rechte. §. 131.

Thibaut Versuche II. Nr. 14.; Hufeland Handb. II. Nro. 7.; Stahl über die Kollision und den Vorzug des Besondren vor dem Allgemeinen im Rechte. Würzb. 1826. (24 S.); Fritz Erläutr. zu Wening S. 58 fgg.; Kierulff Theorie I. S. 230 fgg., Boecking Institut. I. S. 551 fgg.

Sechstes Kapitel.

Von Verfolgung, Vertheidigung und Sicherung der Rechte.

Abschnitt I.

Von der Selbsthilfe.

Linde in Gießer Zeitschr. I. Nro. 21.; Fritz Erläutr. zu Wening S. 125 fgg.; Benfey im Rhein. Mus. VII. Nro. 1.; v. Wendt Abhandlungen und Rechtsfälle zur Erörtr. des gem. Bair. und Sächs. Civilr. und Civilproz. München 1836. Nr. 1.; Sartorius in der Gießer Zeitschrift XX. 1.

I. Von der Selbsthilfe im Allgemeinen. §. 132.

II. Von den Privatstrafen der unerlaubten Selbsthilfe §. 133.

1) *Callistrat.* l. 7. ad leg. Jul. de vi privata (48, 7): Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod debere sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui invaserint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: „Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor

es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judicio temere possidere, eumqne sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit". Vgl. l. 13. quod met causa. (4, 2), wo die letzten Worte des Dekrets so lauten: Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, *vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam,* sine ullo judice temere possidere, *vel accepisse,* isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.

2) *Valent. Theod.* et *Arcad.* l. 7. C. unde vi (8, 4): Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

Anm. Wenn auf unerlaubte Weise Eigenmacht angewendet ist, so versteht es sich, daß einmal alle die nachtheiligen Folgen für den Handelnden eintreten, welche die Handlung an sich betrachtet, d. h. ohne alle Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Selbsthilfe, hervorruft, und demgemäß werden nicht selten öffentliche Strafen, wie namentlich die der **lex Julia de vi publica vel privata** Platz greifen. Darneben kommen aber auch noch gerade für die Handlung als Selbsthilfe bestimmte Privatstrafen vor, die man im Allgemeinen auf das **decretum D. Marci** zurückzuführen pflegt, obwohl dasselbe noch durch spätere kaiserliche Verordnungen erweitert und **resp.** ergänzt ist. In jenem **decretum** nämlich ist nur folgender Fall enthalten: wenn Jemand, der ein wirklich begründetes Forderungsrecht hat, sich eigenmächtig, einerlei übrigens, ob auf dem Wege eigentlicher Gewaltthat oder nicht, durch Besitzergreifung von Sachen des Debitor befriedigt, so soll er sein Forderungsrecht verlieren. Gewiß aber bezieht sich dieses Dekret auch in seinen

ursprünglichen Fassung nicht blos auf Forderungen, welche auf eine bestimmte Spezies gerichtet sind, sondern auch auf solche, die nur auf ein genus oder eine Quantität gehen, denn, wenn Linde a. a. O. S. 401 fgg., S. 415. dasselbe nur auf Forderungen der ersten Art beschränkt glaubt, weil nur die Fassung des Dekrets in l. 7 ad leg. Jul. de vi priv. die ursprüngliche, und in l. 13. quod met. c. die Beziehung auf Forderungen, welche auf ein genus oder eine Quantität gehen, erst durch Interpolation hineingetragen sei; so muß man zwar wohl allerdings eine solche Interpolation zugestehen, aber gewiß hatte dieselbe einen andern Zweck. Während nämlich das Dekret in seiner ursprünglichen Konzeption nur auf eigenmächtiges Hinwegnehmen von Sachen des Schuldners sich bezog, l. 7. cit., erhielt dasselbe in l. 13. cit. die Erweiterung, daß auch eine gezwungene Tradition als darunter begriffen erscheint, Benfey a. a. O. S. 9 fgg., S. 44 fgg., Sartorius a. a. O. S. 12 fgg. — Was aber die Strafen des Dekrets anbelangt, so wird ganz bestimmt ausgesprochen, das der Kreditor das *jus crediti* verloren haben solle, und es wird ihm also nicht blos die Klage, sondern das Forderungsrecht selbst abgesprochen. Gewiß nicht zu billigen ist es daher, wenn Benfey S. 14 und Sartorius Seite 44 doch noch eine naturalis obligatio als übrig bleibend annehmen, denn wenn sie sich dafür auf l. 19. pr. de condict indeb. (12, 6) berufen, so kann in diesem Gesetz offenbar nur der Satz gefunden werden, daß, wenn eine Klage in odium creditoris abgesprochen werde, man die Fortdauer einer naturalis obligatio annehmen müsse. Zweifelhaft aber kann es scheinen, ob bei einer zweiseitigen Obligation, z. B. einem Verkaufe, der Gegner doch noch auf Erfüllung der Obligation dringen kann, wenn der eine Paziszent wegen Eigenmacht seine Ansprüche aus dem Vertrag verloren hat? Burchardi im ziv. Arch. XVIII. Nro. 16. leugnet dies wegen l. 50. de act. emti vend. (19, 1): Bona fides non patitur, ut cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditae et traditae objiciat, ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset neque tradidisset. Auf die Hypothese, daß Labeo hierbei gerade an die Strafe der Selbsthilfe gedacht habe, indem diese doch wohl nicht erst durch Marcus, sondern schon früher und zwar wahrscheinlich durch die lex Julia de vi eingeführt sei, auf diese völlig grundlose Hypothese, sage ich, legt Burchardi selbst wohl kein Gewicht, denn in der That hängt wenig davon ab, ob Labeo gerade

an diesen Fall gedacht hat, oder nicht, wenn nur die allgemeinen Worte Labeo's möglicher Weise darauf bezogen werden können. Gerade dies muß geleugnet werden, denn wenn der eigenmächtige Verkäufer damit bestraft wird, daß er den Kaufpreis nicht fordern darf, so kann man doch in einem solchen Falle ohne Umkehrung der Begriffe gewiß nicht sagen, der Käufer sei *beneficio* **legis** von seiner Verbindlichkeit befreit worden. Offenbar bezieht sich vielmehr der Ausspruch Labeo's nur auf solche Fälle, in denen ein Gesetz **in favorem debitoris** eine Verbindlichkeit aufhebt, und zwar dachte der Jurist wohl vorzüglich, wie auch mit **Cujacius observ. lib. XI. c.** 40. die Meisten annehmen, an die **novae tabulae**. Was nun in solchen Fällen sehr natürlich ist, daß nämlich der Verkäufer auch seine noch nicht tradirte Sache zurückbehalten kann, würde in unserm Falle völlig verkehrt sein, da ja dann von einer Strafe für den Verkäufer eigentlich gar nicht mehr die Rede wäre.

An dieses **decretum D. Marci** schloß sich nun, abgesehen von einigen speziellen spätern Verordnungen die generelle Konstitution von Valentinian, Theodos und Arcadius in **l. 7. C. unde vi** an, wornach derjenige, welcher gewaltsam seine Sache dem Besitzer entreißt, das Eigenthum daran verlieren soll, so wie derjenige **qui** *alienarum* **rerum possessionem invaserit** außer der Rückgabe der Sache selbst, noch mit Bezahlung des Werths der Sache gestraft werden soll. Abgesehen davon, daß diese Verordnung sich von dem Inhalt des Dekrets hauptsächlich dadurch unterscheidet, daß in ihr von Eigenthum, in dem Dekret aber von Forderungsrechten die Rede ist (— ganz falsch ist das Verhältniß dieser beiden Gesetze von Linde a. a. O. S. 404 fgg. dargestellt, wenn er annimmt, in dem **decretum** sei von beweglichen, in der **l. 7. cit.** von unbeweglichen, Sachen die Rede, vgl. dagegen auch Fritz Erläutr. S. 129 fgg., Benfey S. 7., S. 34 fgg. —), so findet sich auch noch der andre Unterschied, daß hier wahre Gewaltthätigkeit, nicht blos Eigenmächtigkeit vorausgesetzt wird. Zwar leugnen dies Viele, z. B. auch Linde S. 408 fgg., Fritz S. 131., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 247 Not. 12, aber gewiß mit Unrecht, denn die Ausdrücke in **l. 7. cit.**: „**si quis in tantam furoris pervenerit audaciam**" und „**violenter**" deuten doch gewiß bestimmt genug auf wahre Gewaltthat hin, und auch gute innere Gründe lassen sich für diesen Unterschied zwischen Eigenthum und Forderungsrecht anführen, s. auch Benfey S. 39.

Was die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze anbelangt, so läßt sich um so weniger daran zweifeln, da dieselben noch durch das Kanon. Recht, **c. 18. de praebend. in 6to (3, 4), c. 42.**

X. de appell. (2, 28) und durch deutsche Reichsgesetze bestätigt sind, C. G. O. von 1521. Tit. 32. §. 2, R. A. von 1532. Tit. 3. §. 15. Es ist daher nur eine offenbar verwerfliche Willkühr einiger Wenigen, wenn sie die praktische Anwendbarkeit jener Privatstrafe leugnen, eine Willkür, gegen welche sich Theorie und Praxis gleich sehr erklärt haben, vgl. Linde S. 431 fgg. und die dort in Menge Angeff.

III. Von der Retention insbesondere. §. 134.

G. L. Böhmer de jure retentionis ejusque effectu. Goett. 1774 (auch in dessen Elect. jur. civ. tom. II. ex. 13); Faselius Vers. einer system. Darst. der Lehre vom Retent. Recht. Halle 1790, 2. Ausg. 1793; Schenk die Lehre von dem Ret. Recht nach gem. Rechte. Jena 1837; Luden das Retent. Recht Leipz. 1839; Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 167 fgg. Vergl. auch Puchta Pandekten §. 94 Not b.

Abschnitt II.

Von den Klagen.

Inst. IV. 6. de actionib.; Dig. XLIV. 7., Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus.

Donelli comment. ad tit. J. de actionib. Antw. 1584 (in opp. tom. VI.);

Bachov tract. de actionib. Francf. 1623;

Böhmer doctr. de actionib. edit. noviss. Francf. 1787;

Schmidt prakt. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden, 8te von Martin besorgte Ausg. Jena. 1823;

C. G. Schmidt's theoret. prakt. Kommentar über seines Vaters Lehrb. 5 Bde. 2te Ausg. Leipz. 1800 fgg.;

W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Gieß. 1833;

Hasse (d. J.) über das Wesen der actio; im Rhein Mus. VI. S. 1 fgg., S. 154 fgg.

Savigny System Bd. V. S. 1 fgg.

Wächter zur Lehre von den Klagen; in dessen Erörtr. aus dem röm., deutschen und Würtemb. Privatr. Heft II.

Bonjean traité des actions. 2 voll. Paris 1845.

K. Sell allgem. röm. Aktionenrecht, für seine Vorlesungen bearbeitet. Bonn 1848.

I. Begriff. §. 135.

1) *Cels.* l. 57. de O. et A.: Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. Cf. pr. J. de act.

2) *Ulp.* l. 37. eod: Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. Vgl. l. 1. de except.: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in excipiendo actor est. *Paul.* rec. sent. l. 7. §. 1.: Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae *actio.*

3) *Ulp.* l. 178. §. 2. de V. S.: *Actionis* verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere, *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii exsecutionem.

II. Hauptarten.

1) Actiones in rem und in personam; actiones, quae mixtam causam habent. §. 136.

1) §. 1. J. de actionib. (4, 6): Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim

in rem sunt, aut *in personam*. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones in rem sunt. — 2) *Ulp.* l. 25. pr. de O. et A.: Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. — Vergl. oben §. 113.

3) *Ulp.* l. 9. §. 8. quod met. causa gestum erit (4, 2): Quum autem haec actio [quod metus caus.] *in rem sit scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, *quum in rem sit scripta*. Vgl. Schmidt (von Ilmenau) über die Natur der s. g. in rem scriptae actiones; in dessen zivil. Abhh. I. Nr. 1.

Anm. Zu den gemischten Klagen, deren Existenz auch noch h. z. T. nicht selten behauptet wird, vgl. z. B. Glück III. S. 604 fgg., Duroi im ziv. Arch. VI. S. 428., Reinhardt Ergänz. zu Glück I. S. 429 fgg., Hasse a. a. O. S. 172. rechnet man gewöhnlich die Theilungsklagen, wofür man sich auf §. 20. J. de actionib. beruft: Quaedam actiones *mixtam causam obtinere videntur*, tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae herciscundae actio — — item communi dividundo — —, item finium regundorum — —. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare, et si unius pars praegravari

videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare; und wohl auch die *hereditatis petitio,* wofür man l. 7. C. de H. P. (3, 31) anführt: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum *mixtae personalis actionis* ratio hoc respondere compellat. A caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. — Vgl. darüber v. Löhr im Magaz. IV. Nr. 2.

---

2) Präjudizialklagen. §. 137.

§. 13. J. de actionib. (4, 6): Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. Vgl. *Gai.* IV. 44: Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. (Durch diese letztere Stelle ist denn auch die früher nicht verstandene und deßhalb bitter getadelte Erklärung von Theophilus IV. 6. §. 13 vollkommen gerechtfertigt). — Duroi im ziv. Arch. VI. S. 406 fgg., Zimmern Rg. III. §. 69, Savigny V. S. 19 fgg., *Bonjean* l. c. vol. II. p. 249 sqq.

3) Actiones vulgares und in factum; actiones directae und utiles. §. 138.

1) *Papinian.* l. 1. pr. de praescript. verb. et in factum actionib. (19, 5); Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. — 2) *Cels.* l. 2. eod.: nam, quum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. — 3) *Pompon.* l. 11. eod.: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi

deest; quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae; idque utilitas ejus legis exigit. — Mühlenbruch Zession §. 15. S. 155 fgg., Zimmern Rg. III. §. 54, Hasse a. a. O. S. 34 fgg., Heimbach in der Gieß. Zeitschr. XI. 8, Savigny a. a. O. §. 216. 217, Puchta Kursus d. Instit. II. §. 165. S. 115 fgg., Wächter a. a. O. S. 34 fgg., *Bonjean* l. c. tom II. p. 39 sqq.

4) *Ulp.* l. 21. de praescr. verb. (19, 5): Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. — 5) ***Paul.*** (?!) l. 47. §. 1. de negot. gestis (3, 5): Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum. — Vergl. Mühlenbruch Zession §. 15. S. 147 fgg., Zimmern Rg. III. §. 54, Savigny a. a. O. §. 215, *Bonjean* l. c. vol. II. p. 33 sqq.

Anm. Nicht zu verwechseln mit der Eintheilung der Klagen in **actiones vulgares** und in **factum** ist die andre, im Justinianischen Rechte freilich veraltete, wornach dieselben bald eine **formula in jus concepta**, bald eine **form. in factum conc.** hatten. **Cf.** ***Gai.*** **IV. §. 45.: Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere, in quibus juris civilis intentio est. (§. 46.) Caeteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur. — — (§. 47.) Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati, illa enim formula, quae ita concepta est: „Judex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato n. r. [i e. nisi restituat,** vgl. Huschke Studien S. 316], **si non paret absolvito,“ in jus concepta est.** —

Ac illa formula, quae ita concepta est: „J. E. Si paret, Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret, absolvito," in factum concepta est. — Ein Zusammenhang der actiones in factum und der formulae in factum conceptae ist nun allerdings insofern erkennbar, als alle actiones in factum im eminenten Sinn, auch eine form. in factum conc. hatten, umgekehrt aber hatten gewiß die actiones in factum civiles (die actt. praescript. verb.), eine form. in jus conc., denn abgesehen von manchen Nebengründen geht dies insbesondere aus l. 6. de praescr. verb. hervor, wo bei solchen Klagen von einer civilis intentio die Rede ist, und aus §. 28. J. de actionib., wo dieselben zu den actiones bonae fidei gerechnet werden, welche Eigenschaft zur Zeit des Formularprozesses durchaus nur bei formulae in jus conceptae vorkommen konnte, Hasse a. a. O. S. 43 fgg.; vgl. auch Zimmern Rg. III. §. 55. und s. unten Bd. III. §. 599. Anm. bei Nr. III. — Daß ein und dieselbe Klage bald in jus, bald in factum konzipirt werden konnte, *Gai.* cit. und IV. 60., findet seinen Grund nicht darin, daß nur bei formulae in factum conceptae dem Richter ein arbitrium gegeben werden konnte, wie Hasse S. 34 fgg. annimmt, denn dieses ist entschieden irrig, vgl. auch Savigny a. a. O. S. 86, sondern, soviel wir wissen, hauptsächlich wohl darin, daß ein filiusfamilias zur Zeit des alten Pekulienrechts in eignem Namen nur solche Aktionen anstellen durfte, welche durch form. in fact. conc. eingeleitet wurden, l. 13. de O. et A. vgl. mit l. 9. eod. vgl. Mühlenbruch Zess. S. 157. Not. 313., Zimmern Rg. III. S. 164., Hasse a. a. O. S. 39 fgg., Savigny S. 84. Ob aber eine actio mit einer form. in jus oder in fact. conc. eingeleitet wurde, war auch noch insofern von Einfluß, als nur bei der ersten Fassung die litis contestatio eine novatio necessaria enthielt, *Gai.* IV. 107., Keller Lit. Kont. §. 12., Hasse S. 37 fgg., und als bei formula incerta nur dann eine plus petitio möglich war, wenn sie in factum, nicht, wenn sie in jus konzipirt war, *Gai.* IV. 60., Keller cit. §. 33. Not. 14., Hasse S. 38 fgg.

---

4) Actiones bonae fidei, stricti juris, condictiones. §. 139.

Gans über röm. Obligationenrecht. Heidelb. 1819. Abh. I.

und II., in Verb. mit der Rezension von Mühlenbruch in den Heidelb. Jahrbb. 1821. S. 42 fgg., *Stever* de summario Romanor. judicio seu de stricti jur. et b. f. actionibus. Lips. 1822, Zimmern Rg. III. §. 60 fgg., Mayer die Litis-Kontestatio. Stuttg. 1830. S. 73 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift I. S. 71 fgg., Hasse a. a. O. S. 52 fgg., *Bachofen* de Romanor. judiciis civilib., de legis actionib., de formulis et de condictione. Gott. 1840. p. 172 sqq., Savigny Syst. V. S. 101 fgg., bes. S. 461 fgg. (Beilage XIII.: Stricti juris, bonae fidei actiones) und S. 503 fgg. (Beil. XIV.: die Kondiktionen), Puchta Kurs. der Institut. II. §. 165, III. §. 269, Wächter Erörtr. II. Nr. 11, Heimbach von dem Wesen und dem Kreise der strengen Geschäfte und der incerti condictio; in der Gießer Zeitschr. n. F. VI. S. 66 fgg. S. 145 fgg., Ders. die Lehre von dem Kreditum. Leipz. 1849. S. 83 fgg., S. 553 fgg. Vgl. auch *Bonjean* l. c. tom. II. p. 216 sqq., p. 262 sqq., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 267 fgg.

§. 28. J. de actionib.; Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non: nostra tamen constitutio (l. ult. C. de H. P.) aperte eam esse bonae fidei disposuit. §. 29. Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei judiciis, sed quum pleniorem esse actionem ex stipulatu invenientes omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. — §. 30. In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem

praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Anm. I. Unter den, aus Rechtsgeschäften hervorgehenden **actiones in personam**, welche eine **formula in jus concepta** hatten, wurden zwei Arten von Klagen einander entgegen gesetzt, deren gerichtliche Behandlung eine sehr verschiedene war. Während nämlich in der Regel die **intentio** einfach auf ein **dare oportere**, oder auf ein **dare facere oportere** gerichtet war (s. unten Nr. III.), kam bei einer Anzahl von Klagen noch ein mildernder Zusatz vor, nämlich: ***ex fide bona*** (**„quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona“**), **Gai. IV. 47, Cic. Top. c. 17, de offic. III. c. 15. 16. 17**, oder wohl auch: ***ut inter bonos bene agier oportet*** (namentlich bei dem **judicium fiduciae**), **Cic. Top. c. 17. de offic. III. c. 15. ad Familiar. VII. 12**, oder auch: ***quantum s. quod aequius melius*** (namentlich bei der **actio rei uxoriae**) **Cic. l. c.** Die Klagen der ersten Art heißen ***stricti juris actiones***, auch ***actiones stricti judicii***, **l. 5. §. 4. de in lit. jur. (12, 3)**, auch ***stricta judicia*** **§. 30. J. de act.**, bei **Cic. pro Rosc. Com. c. 4.** ***judicia*** schlechthin, in der Sprache der klassischen Juristen gewöhnlich ***condictiones;*** die Klagen der zweiten Art dagegen heißen ***bonae fidei actiones***, bei **Cic. pro Rosc. Com. c. 4.** auch ***arbitria***. Es bestand aber der wesentliche Gegensatz jener Klagen, wie schon jener Zusatz in der **intentio** und diese Terminologie beweisen, im Allgemeinen darin, daß bei den **str. jur. actiones** nach dem Buchstaben des formellen Rechts entschieden werden mußte, während bei den **b. f. actiones** das **officium judicis** viel freier war, und die **aequitas** und **bona fides** ein wesentliches Element der Entscheidung bildeten, vgl. auch **Cic. pro Rosc. c. 4:**

> **„Quid est in judicio? directum, asperum, simplex,** ***si paret H—S ↀↀↀ dari oportere.*** **— — Quid est in arbitrio? mite, moderatum,** ***quantum aequius melius, id dari***“,

Top. c. 17. de offic. III. c. 15—17, vgl. auch **l. 29 §. 4. mandati (17, 1):**

> ***Ulp.*** **„— — de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit, nec ne“.**

(Die meistens, selbst auch noch von Savigny S. 102. ebenfalls hierher gezogene Stelle von **Seneca de benef. III. c. 7.** gehört nicht hierher, da hier unter dem **arbiter** dem ganzen Zusammenhang nach nur ein Schiedsrichter verstanden werden kann, und damit fällt denn auch die Hauptstütze der Savigny'schen Meinung weg, daß nur bei strengen Klagen der **judex** aus dem **album** habe genommen werden müssen, s. dagegen auch Puchta Kursus der Instit. II. §. 154. not. dd.). — Im Einzelnen bestanden aber die bedeutenderen praktischen Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Klagen im Folgenden:

1) Bei **b. f. actiones** findet eine viel freiere Beurtheilung des der Klage zu Grunde liegenden Geschäfts Statt, indem der Richter hierbei nicht an den starren Wortausdruck gebunden ist, wie dieses bei strengen Geschäften die Regel bildet, vgl. z. B. **l. 99. de V. O.** (45, 1), sondern vielmehr in voller Freiheit das von den Partheien wirklich Gewollte zu ermitteln hat, **l. 7. de neg. gest.** (3, 5):

> *Paul.* „— — **tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio**",

und dabei namentlich auch das bei solchen Geschäften nach Ortsgebrauch Uebliche zu berücksichtigen hat, **l. 31. §. 20. de aed. ed.** (21, 1):

> *Ulp.* „— — **ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire**".

2) Die **b. f. actio** ist mehrfach aus Gründen statthaft, aus denen eine **str. jur. actio** nicht angestellt werden kann. So ist dies namentlich der Fall, wenn bei dem Geschäft ein *dolus* oder *metus* vorkommt, indem hier bei einem **b. f. negotium** unbedenklich die Kontraktsklage gebraucht werden kann, während bei einem **str. jur. negotium** ursprünglich gar nicht geholfen wurde, und auch im neuesten römischen Rechte die Kontraktsklage niemals Statt findet, sondern besondre Rechtsmittel wegen Zwangs oder Betrugs gebraucht werden müssen, vgl. auch unten §. 185. Anm. und §. 605. Anm. — Und eben so ist dieses der Fall, wenn bei einem Geschäfte ein *pactum adjectum* vorkommt, denn ist dies ein **negotium bonae fidei**, so kann die Kontraktsklage auch auf den Inhalt des Nebenvertrags gerichtet werden („**pacta in continenti adjecta contractui insunt**"), während dies bei einem **negotium stricti juris** der Regel nach nicht der Fall ist, **l. 51. §. 5. de pact.** (2, 14); doch kommen im späteren Rechte, namentlich bei Stipulationen, Milderungen dieses strengen Grundsatzes vor, vgl. bes. **l. 40. de R. C.** (12, 1), und s. Savigny Syst. VI.

S. 127 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschrift a. a. O. S. 112 fgg.

3) Wichtig wird auch der Unterschied in Betreff der Verurtheilung in die *omnis causa* (Früchte und anderweite Erweiterungen). Wenn freilich die **actio in personam** auf eine *repetitio* geht, also auf Rückerstattung einer aus dem Vermögen des Klägers gekommenen Sache, so gilt ohne Unterscheidung zwischen strengen und freien Klagen die allgemeine Regel, daß die **omnis causa** schon von Anfang an ersetzt verlangt werden kann, **l. 38. §. 1—6. de usur. (22, 1), l. 15. pr., l. 26. §. 12, l. 65. §. 5. de cond. indeb. (12, 1), l. 7. §. 1, l. 12. de cond. caus. dat. (12, 4), l. 8. §. 2. de cond. furt. (13, 1)**; und eben so ist es, wenigstens nach dem zur Zeit der Pandekten-Juristen geltenden Rechte, entschieden, daß für die Zeit nach der Litis-Kontestation kein Unterschied Statt findet zwischen strengen und freien Klagen, indem hier bei beiden die Verurtheilung in die **omnis causa** Statt findet, **l. 31. pr. de R. C. (12, 1), l. 38. §. 7. de usur. (22, 1)**, vgl. unten §. 160. Anm. bei IV. 2. Abgesehen von diesen beiden Fällen muß aber allerdings zwischen beiden Klagarten unterschieden werden, indem bei einem **b. f negotium** Früchte und anderweite Erweiterungen von Anfang an gefordert werden können, **l. 38. §. 8.** und **§. 15. de usur.**:

> *Paul.* **„In caeteris quoque bonae fidei judiciis fructus omnimodo praestantur"**,

während dies bei **str. jur. negotia** so wenig der Fall ist, daß sogar die Mora des Schuldners hierbei unberücksichtigt bleibt, **l. 38. §. 7. de usur.**:

> ***Paul.* „Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit"**;

vgl. auch **l. 22. de donat. (39, 5)**. Bei der **condictio** *incerti* scheint jedoch die spätere Theorie von diesem strengen Grundsatze abgegangen zu sein, denn während in **l. 3. §. 1. de A. E. V. (19, 1)** Pomponius noch entschieden daran festhält, läßt Papinian in **l. 4. pr. de usur.** allerdings eine Verurtheilung in die Früchte zu (**„ratio suadet", „potest dici"**), und wenn Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 119. Not. 95. beide Stellen dadurch vereinigen zu können glaubt, daß er die **l. 4. cit.** von einem Falle der **repetitio** auffaßt, so ist dies offenbar unzulässig, da hier, wie aus dem Fortgang der Stelle unzweideutig hervorgeht, eben so, wie in der **l. 3. §. 1. cit.** von einer **stipulatio** des Käufers die Rede ist.

4) Während bei **str. jur. actiones** die Regel galt, daß der

judex durchaus nur diejenigen Exzeptionen berücksichtigen durfte, die ausdrücklich in die formula aufgenommen waren: so durfte der arbiter, vermöge der allgemein auf Berücksichtigung der bona fides lautenden Instruktion, auf die exceptio doli auch dann Rücksicht nehmen, wenn sie gar nicht in jure, sondern erst vor ihm vorgebracht war, denn „exceptio doli b. f. judiciis inest“, l. 21. sol. matr. (23, 3), l. 84. §. 5. de legat. I., l. 3. de resc. vend. (18, 5), und die Bedeutung dieses Grundsatzes wird von selbst klar, wenn man den außerordentlich weiten Umfang der exceptio doli [generalis] dabei ins Auge faßt, (vgl. unten §. 155. Anm. 2.). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der hier angedeutete Unterschied zwischen den beiden Klagarten nur für eigentliche exceptiones im römischen Sinne des Worts begründet war, denn Thatsachen, wodurch das klägerische Recht ipso jure zerstört wird, mußten begreiflich auch bei einem str. jur. judicium ohne spezielle Instruktion berücksichtigt werden, und solche Thatsachen wurden daher auch niemals in die formula aufgenommen.

5) Bemerkenswerthe Verschiedenheiten zwischen beiden Klagarten kommen auch vor in Betreff des *jusjurandum in litem*, vgl. darüber unten §. 171. Anm., und in Betreff der Zeit der Schätzung, indem bei str. jur. actiones der Zeitpunkt der Lit. Kontestation, bei b. f. actiones dagegen der Zeitpunkt der Kondemnation entscheidet, vgl. darüber unten §. 160. Anm. bei IV. 3. Daß aber auch in Betreff der Schätzung noch der andre Unterschied Statt finde, daß der Richter bei einer b. f. actio auch das Affektions-Interesse des Klägers in Anschlag bringen könne, wie z. B. selbst noch Savigny S. 466 annimmt, ist gewiß unrichtig, vgl. unten Bd. III. §. 573. Anm. 3. a. E.

6) Wenn bei einem negotium str. jur. ein bestimmter Zahlungsort festgesetzt war, so galt die Regel, daß die Klage gerade nur an diesem bestimmten Orte angestellt werden konnte, wenn der Kläger nicht wegen pluspetitio abgewiesen werden wollte, l. 1 de eo quod certo loco (13, 4), und um den daraus nothwendig hervorgehenden Inkonvenienzen zu begegnen, mußte der Prätor eine eigne arbitraria actio (die jetzt s. g. actio de eo quod certo loco) einführen, die dann Statt der unzulässigen str. jur. actio auch an einem andren Orte angestellt werden durfte, und wobei der judex das interesse loci zu berücksichtigen hatte, t. t. D. de eo quod certo loco (13, 4), §. 33. J. de act. (4, 6). Bei b. f. negotia fällt aber diese Klage von selbst hinweg, da hier stets die Klage aus dem Geschäfte selbst auch an jedem andren Orte angestellt werden konnte, l. 7. de eo quod

certo loco. Vgl. die literärischen Nachweisungen über diese früher häufig mißverstandenen Grundsätze unten bei §. 584.

7) Endlich muß auch noch als ein spezifisches Merkmal der str. jur. actio die strenge Einseitigkeit hervorgehoben werden, indem aus einem Geschäfte mit einer str. jur. actio immer nur auf einer Seite eine Klage begründet sein kann, während umgekehrt aus einem b. f. negotium stets auf beiden Seiten Klagen möglich sind, entweder auf beiden Seiten directae actiones (z. B. emtio venditio, locatio conductio etc.), oder doch directa und contraria actio (z. B. commodatum, depositum etc.). Der vollständigste Beweis für die Wahrheit des hier angedeuteten Unterschieds liegt darin, daß sich die Sache wirklich gerade so bei allen einzelnen actiones stricti juris und bonae fidei verhält (vgl. nachher bei II.), aber er wird auch überdies mehrfach in den Quellen hervorgehoben, vgl. z. B. Cic. de offic. III. 17, Gai III. 137, Theoph. III. 22, und besonders Schol. 2. ad Basil. XI. 1. fr. 7. bei Heimb. I. p. 563 und gewiß mit Recht heben daher die meisten Neueren gerade diese Verschiedenheit zwischen beiden Klagarten als eine der wichtigsten und bedeutsamsten hervor, vgl. z. B. Gans a. a. O. S. 15 fgg., Marezoll in der Gießer Zeitschr. X. S. 303 fgg., Wächter a. a. O. S. 77 fgg., und besonders Heimbach in der Gieß. Zeitschr. a. a. O. S. 97 fgg., während die dagegen erhobenen Bedenken Savigny's a. a. O. S. 508 fgg. sicher unerheblich sind. — Im früheren Rechte ging sogar jene Einseitigkeit der str. jur. actiones so weit, daß nicht einmal auf dem Wege der Einrede ein Gegenanspruch geltend gemacht werden konnte, was jedoch später allerdings geändert wurde; vgl. unten Bd. III. §. 618. Anm. 1.

II. In Betreff der Frage, welche Klagen zu der einen oder andren Art der Klagen gehörten, herrschten früher die größten Irrthümer, vgl. z. B. die Nachweisungen bei Heimbach in der Gieß. Zeitschr. a. a. O. S. 159 fgg., und erst neuere Untersuchungen, besonders von Gans S. 25 fgg. und Savigny S. 511 fgg. haben zu befriedigenden Aufschlüssen geführt, vgl. auch Wächter S. 77 fgg. Die wesentlichen Ergebnisse dieser neuen Untersuchungen sind folgende:

1) Vor allen Dingen muß man sich hüten, diese Eintheilung für eine, alle Klagen erschöpfende zu halten, indem sie vielmehr nur auf einen verhältnißmäßig kleinen Kreis von Klagen beschränkt ist. In die Sphäre dieser Eintheilung fallen nämlich nur die Klagen mit einer *formula in jus concepta*, und es sind also von vorneherein ausgeschlossen die actiones honorariae und die persecutiones. Aber nicht einmal alle actiones in jus conceptae fallen

in diese Eintheilung, sondern nur die *actiones in personam*, und unter diesen sehr wahrscheinlich auch wieder nur diejenigen, welche aus Rechtsgeschäften (Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältnissen) hervorgehen, so daß also auch alle **actiones in rem**, und wahrscheinlich alle, selbst auch die zivilen, Deliktsklagen weder **stricti juris** noch **bonae fidei** sind.

2) In dieser engen Sphäre sind nun die **actiones bonae fidei** in der als Text abgedruckten Institutionen-Stelle vollständig aufgeführt, nur daß hier für die ältere Zeit noch die **actio fiduciae** zugefügt werden muß, **Cic. de off. III. 15. 17, ad Familiar. VII. 12, Gai. IV. 62**, und daß die **actio praescriptis verbis** nicht blos in den beiden, von Justinian allein hervorgehobenen Fällen, sondern allgemein hierher gehört, vgl. unten §. 599. Anm.

3) **Actiones stricti juris** sind nun folgende:

a) die Klage aus einer **verborum obligatio**, also aus einer Stipulation, deren strenge Natur wohl noch von Niemande bezweifelt ist, vgl. auch z. B. **Cic. pro Rosc. Com. 5, l. 9. §. 3. de R. C. (12, 1), l. 5. §. 4, l. 6. de in lit. jur. (12, 3), l. 103. de V. O. (45, 1), l. un. §. 2. C. de rei ux. act. (5, 13)**. Dabei kann auch kein Unterschied gemacht werden zwischen einer **stipulatio certa** und **incerta**, denn der Umstand, daß nur die Klage aus der erstren *condictio* (**certi**) genannt wurde, während die Klage aus der letztren den technischen Namen *actio* **ex stipulatu** hatte, ist doch offenbar unerheblich.

b) Hierher gehörte auch die Klage aus einer **literarum obligatio**, also aus der *expensilatio*, **Cic. pro Rosc. Com. 5, de off. III, 17**. Die an ihre Stelle, unpassend genug, eingeschobene neue **literarum obligatio** des Justinianischen Rechts, soll ebenfalls eine **condictio**, also eine **actio str. jur.** erzeugen, **pr. J. de lit. obl. (3, 21)**, die aber doch gewiß nichts anderes ist, als die **condictio mutui**.

c) Ferner gehörte zu den **actiones stricti juris** die **actio** *ex testamento*, sowohl in dem Falle eines **legatum per damnationem**, als auch **sinendi modo**, **Gai. II. 204. 213, l. 9. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 6. de in lit. jur. (12, 3), l. 50. de O. et A. (44, 7), l. 23. de V. O. (45, 1)**. Die Ansicht Marezolls in der Gießer Zeitschr. IX. S. 100, daß die **actio ex testamento** dann, wenn ein **incertum** legirt worden sei, zu den **bonae fidei actiones** gehört habe, ist entschieden verwerflich, vgl. auch Wächter S. 88. Not. 55, Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 174 fgg. — Die Klage aus einem Fideikommiß war aber bekanntlich eine **persecutio**, und also weder **stricti juris** noch **bonae fidei**, obwohl sie materiell gewiß unter den Grund-

sätzen der freien Klagen stand, und daraus geht dann von selbst hervor, daß seit der Justinianischen exaequatio legatorum et fideicommissorum, l. 2. C. comm. de leg. (6, 48) die actio ex testamento nicht mehr zu den str. jur. actiones gerechnet werden kann.

d) Die condictio *ex mutuo* und die übrigen condictiones *datorum*, nämlich die cond. indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam und sine causa, vgl. unten §. 623 — 628.

e) Die condictio *ex injusta causa* (§. 627. Anm.) und die cond. *furtiva* (§. 679.). Eben so, wie diese letztre Klage, muß doch wohl auch die *actio rerum amotarum* zu den stricti juris actiones gezählt werden, denn l. 26. de act. rer. amot. (25, 2) sagt geradezu: „rerum amotarum actio condictio est", vgl. auch l. 24. eod, Gans a. a. O. S. 43 fgg. Wenn Heimbach S. 168 fgg. dagegen einwendet, daß diese Klage nach l. 2. C. rer. amot. (5, 21) eine actio honoraria mit einer formula in factum concepta sei, und deßhalb nicht zu den Kondiktionen gehört haben könne: so halte ich dieses für unbegründet, denn aus l. 2. C. cit. kann höchstens gefolgert werden, daß im Prätorischen Edikte eine formula für die a. rer. amot. proponirt war, wodurch die Klage natürlich nicht zu einer honoraria wird, und aus den Schlußworten dieser Stelle, wornach im Gegensatz zu der *a. rer. amotar.*, für die Zeit während bestehender Ehe eine *actio in factum* angeführt wird, muß gewiß gefolgert werden, daß die a. rer. amot. keine actio in factum ist. Ueberdies ist aber auch die Auslegung der l. 26. cit., welche Heimbach vorschlägt, „wegen res amotae finde auch eine condictio Statt" gewiß unstatthaft.

f) Endlich werden auch noch condictiones *ex lege* angeführt, und zwar sagt hierüber Paulus in der l. un. de cond. ex lege (13, 2):

> „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est".

Welche argen Mißbräuche man hiermit getrieben, und wie man nicht selten eine jede Klage, für welche man keinen besondren Namen wußte, unter die bequeme Rubrik: condictio ex lege (auch wohl ex canone, ex moribus) brachte, ist bekannt genug, vgl. z. B. Glück XIII. S. 337 fgg. Verbindet man mit den ausgezogenen Worten die Titelrubrik, so will Paulus gewiß Folgendes sagen: wenn ein neues Gesetz eine obligatio einführt, und dabei keine Bestimmungen über die Klagart vorkommen, so muß die Klage als eine condictio gelten, d. h. ihre intentio muß auf ein dare

oportere oder auf ein dare facere oportere (ohne den Zusatz ex fide bona) gerichtet werden. Uebrigens kommen nur wenige Beispiele in unsren Quellen vor, die mit Sicherheit zu den condictiones ex lege gezählt werden können, vgl. §. 24. 25. J. de act. (4, 6), l. 27. §. 15. 16, l. 28. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), l. ult. §. 1. C. de hered. pet. (3, 31), l. ult. §. 6. C. de jure delib. (6, 30). Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß es nicht auch noch andre condictiones ex lege gebe; vielmehr ist es gewiß ganz im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung, auch z. B. die neuen Klagen aus dem Schenk- und Dotal-Vertrag (l. 35. §. 5. C. de donat. 8, 54, l. 6. C. de dot. prom. 5, 12), die revokatorische Klage wegen Undankbarkeit des Beschenkten (l. 10. C. de revoc. donat. 8, 56) u. dgl. m. zu den condictiones ex lege zu zählen. Nur muß man immer festhalten, daß es hierbei nicht darauf ankommt, einen Namen für die Klage zu erhalten, sondern daß die wahre Bedeutung einer solchen Subsumtion die ist, daß die Klage zu den actiones stricti juris gezählt werden müsse. Vgl. auch Gans S. 25 fgg., Savigny S. 542 fgg., Wächter S. 101 fgg. —

Ob auch die zivilen Deliktsklagen (z. B. actio furti nec manifesti, actio legis Aquiliae) zu den stricti juris actiones gerechnet worden seien, ist streitig, indem dies Manche bejahen, z. B. Gans S. 26, Boecking I. S. 577, Wächter S. 89, Andre verneinen, z. B. Savigny S. 567 fgg., Heimbach S. 162 fgg. Da aber diese Verneinung nicht den Sinn hat, daß jene Klagen bonae fidei actiones seien, sondern nur, daß sie ganz außer der Sphäre dieser Eintheilung lägen, da vielmehr umgekehrt von allen Neuern zugestanden wird, daß diese zivilen Deliktsklagen jedenfalls unter den materiellen Grundsätzen der strengen Klagen gestanden haben: so ist dieser Streit offenbar von sehr geringer Erheblichkeit. Meines Erachtens gehörten sie nominell nicht zu den str. jur. actiones oder den condictiones, und zwar deßwegen, weil ihre intentio nicht auf dare oder dare facere oportere, sondern auf ein damnum decidere oportere gefaßt war; während sie materiell allerdings zu den strengen Klagen gezählt werden müssen, wie schon, abgesehen von andren Gründen, aus der auch bei ihnen vorkommenden strengen Einseitigkeit gefolgert werden muß. Die einzige Stelle, in welcher eine solche Klage, nämlich die actio legis Aquiliae, als eine condictio bezeichnet zu sein scheint, die l. 9. §. 1. de R. C. (12, 1), läßt eine andre Deutung zu, vgl. Savigny S. 530 fgg., Heimbach Kreditum S. 97 fgg. —

Betrachten wir jetzt nochmals die sämmtlichen Fälle, in denen

das römische Recht eine **str. jur. actio** oder eine **condictio** annahm so bewahrheitet sich vollständig, worauf oben am Schluß von Nr. I. aufmerksam gemacht wurde, daß hier überall streng einseitige Rechtsverhältnisse vorkommen, bei denen immer gerade nur Einer der Schuldner, und nur Einer der Gläubiger ist, und wir können daher nicht anstehen, gerade hierein das eigentliche Prinzip der ganzen Eintheilung zu setzen. Die neue, mit Geist und Scharfsinn entwickelte Idee Savigny's S. 107 fgg. S. 511 fgg., wornach das Prinzip des Kondiktionen-Rechts vielmehr sein soll, daß dadurch ein Ersatz für eine aufgegebene oder sonst verloren gegangene Vindikation begründet werden sollte, dient so wenig zur Erklärung, daß sie vielmehr umgekehrt zu ihrer Stütze höchst gekünstelter und gewagter Annahmen bedarf, und dennoch, konsequent durchgeführt, in sehr vielen Punkten mit den Quellen in unauflöslichen Widerspruch tritt, vergl. dagegen auch Wächter S. 78 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 135 fgg.

4) Es mußten vorher zahlreiche Klagen aus der Sphäre der hier behandelten Eintheilung ganz ausgeschlossen werden, und dies ist ohne Zweifel für die Terminologie, und im früheren Rechte für die Konzeption der **formulae** von Erheblichkeit. Aber alle die ausgeschlossenen Klagen sind doch materiell nach den Grundsätzen der einen oder der andren Klagart zu beurtheilen. Von den zivilen Deliktsklagen ist schon oben angedeutet worden, daß sie sehr wahrscheinlich nach dem Vorbilde der **str. jur. actiones** behandelt wurden, wenn sie nicht gar wirkliche **str. jur. actiones** waren. Alle übrigen standen dagegen gewiß im Wesentlichen unter den materiellen Prinzipien der **bonae fidei actiones**. Namentlich war dieses also der Fall bei den ***actiones in rem***, vgl. **l. 68. de R. V. (6, 1), l. 7. si serv. vindic. (8, 5), l. 5. de in lit. jur. (12, 3), l. 91. pr. de V. O. (45, 1), §. 2. J. de off. jud. (4, 1), §. 28. J. de act. (4, 6), l. 12. §. 3. C. de pet. hered. (3, 31)**; nur wurde nach früherem Rechte vorausgesetzt, daß nicht **per sponsionem**, sondern **per formulam petitoriam** prozessirt wurde, indem im erstren Falle gar keine eigentliche **actio in rem** vorhanden war, **Gai. IV. 93.** Ferner war dies der Fall bei allen **actiones** mit einer **formula in factum concepta**, und insofern also auch bei den ***actiones honorariae,*** wobei schon der allgemeine Charakter des Prätorischen Rechts für die freiere Behandlung der Klagen entscheidet. Endlich war dieses auch unzweifelhaft der Fall bei den ***persecutiones***, indem diese gerade in solchen Rechtsverhältnissen vorkamen, in denen eine freie, von dem **strictum jus** unabhängige Kognition des **magistratus** geboten schien. Vgl. Savigny

S. 474 fgg. — Ob übrigens bei diesen Klagen in allen Beziehungen die Grundsätze der **bonae fidei actiones** zur Anwendung kamen, ist keineswegs ausgemacht, und namentlich ist es sehr zweifelhaft, ob die oben bei **I. 4.** angedeutete Eigenheit der **b. f. actiones** in Betreff der Exzeptionen auch bei **actiones in factum** und bei **vindicationes** Platz gegriffen habe, vgl. auch Zimmern Rg. III. §. 63 [a] bei Not. 7, Puchta Kursus der Institutionen II. §. 165. S. 119.

5) Es ist unverkennbar, daß im Laufe der Zeiten die Kondiktionen in mehr als einer Beziehung etwas freier behandelt wurden, und sich einiger Maaßen den **bonae fidei actiones** annäherten. So zeigt sich dies in der Zulassung der **condictio** *incerti* (s. nachher bei **III.**), in der späteren Gestattung mancher früher unzuläßigen Exzeptionen, namentlich der **exc. doli** und der Kompensations-Einrede (s. oben **I. 2.** und **I. 7. a. E.**), in der wenigstens bei der **condictio incerti** später statthaften Verurtheilung in die **omnis causa** (s. **I. 3. a. E.**), in der Einführung der **actio de eo quod certo loco** (**I. 6**), in der wenigstens subsidiären Zulassung des **jusjurandum in litem** (§. **171.** Anm.) u. dgl. m. In noch höherem Maaße konnte aber eine solche Ausgleichung durch den Willen der Interessenten erfolgen, und zwar namentlich dadurch, daß in die **stipulatio** die ***clausula doli*** aufgenommen wurde, in welchem Falle zwar allerdings die **actio ex stipulatu** nicht zu einer eigentlichen **b. f. actio** wurde, aber der **judex** doch im Wesentlichen dieselben Rücksichten zu nehmen hatte, wie bei einem **b. f. judicium**, vgl. auch §. 185. Anm. und §. 605. Anm. — Wenn aber auch nicht selten behauptet wird, daß durch jede Vorschätzung einer **exceptio doli** eine **stricti juris actio** zu einer **bonae fidei actio** werde, so fehlt es für eine solche Behauptung an allen genügenden innern Gründen, und die dafür angeführten Gesetze, nämlich **l. 42. pr. de mort. c. donat.** (39, 6) und **l. 3. C. de exc.** (8, 36) enthalten nichts davon; vgl. Keller in der geschichtl. Zeitschr. XII. S. 400 fgg., Wächter S. 110 fgg., Huschke in der Gießer Zeitschr. n. F. II. S. 198 fgg. (Was insbesondere die interessante l. 42. cit. anbelangt, so sind die angeführten Interpreten, gewiß mit Recht, darin einverstanden, daß die Worte „**bonae fidei autem judicio constituto**" nicht auf die vorher erwähnte **vindicatio** gegen die Seja bezogen werden dürfe, die nun durch die opponirte **exceptio doli** zu einem **bonae fidei judicium** geworden sei (!), sondern daß man darunter eine neue Klage verstehen müsse, welche nach beendigter **vindicatio** von der Seja gegen die Erben des Titius angestellt sei. Gerade dies ist aber das Wesentliche, und damit ist jeder Schein für die vorher

angegebene falsche Behauptung beseitigt. Ueber einen außerwesentlichen Punkt sind aber die Meinungen getheilt, nämlich über die Frage, an welche Klage man bei diesem neuen b. f. judicium zu denken habe, denn während Keller und Wächter die actio fiduciae im Sinne haben, entscheidet sich Huschke für die actio praescriptis verbis. Mir scheint die letztere Ansicht überwiegende Gründe für sich zu haben, s. auch l. 9. C. de donat. (8, 54).

6) Von den bonae fidei actiones sind übrigens noch zu unterscheiden die *actiones in bonum et aequum conceptae.* Bei einigen Rechtsverhältnissen, bei denen es namentlich auf eine Schätzung ankommt, soll nämlich ein Ermessen des Richters eintreten, welches noch viel freier ist, als bei den b. f. judicia, so daß im Allgemeinen sein subjektives Dafürhalten den Ausschlag gibt. Dies wurde in der formula so ausgedrückt, daß der judex verurtheilen solle, „quanti bonum aequum videbitur“, und die Klagen hießen deßhalb actiones in bonum et aequum conceptae. Dahin gehören: a) die a. *rei uxoriae*, l. 8. de cap. min. (4, 5), l. 66. §. 7. sol. matr. (24, 3), l. 82 de solut. (46, 3), Cic. Top. 17, de off. III. 15. — b) die a. *injuriarum aestimatoria*, l. 11. §. 1, l. 18 pr. de injur. (47, 10), l. 34. pr. de O. et A. (44, 7). — c) die a. *sepulchri violati*, l. 3. pr., l. 6. 10. de sep. viol. (47, 12), l. 20. §. 5. de adqu. her. (29, 2). — d) die actio *de effusis*, l. 1. pr., l. 5. §. 5. de his qui effud. (9, 3). — e) die a. *aedilitia* wegen Verwundung eines freien Menschen, l. 42. de aedil. ed. (21, 1), §. 1. J. si quadrupes (4, 9). — f) die a. *funeraria*, l. 14. §. 6. de relig. (4, 7). — Vgl. *Cujac.* obss. XXII. 14, und comm. in Paul. ad Edict. ad l. 9. de cap. minut. (opp. V. p. 161 sqq.), Savigny Syst. II. S. 92 fgg., Rudorff Grundriß 2. Ausg. §. 78. Anm.

III) Wir haben bisher die Entstehungsgründe der str. jur. actiones oder der Kondiktionen kennen gelernt. Es ist nun sehr wahrscheinlich, daß aus diesen Gründen ursprünglich nur dann eine Klage, eine condictio, zuläßig war, wenn der Inhalt der obligatio auf das Dare eines Certum ging, sei dies nun entweder certa pecunia oder certa res, so daß es also ursprünglich wohl nur eine *condictio certi* gab, mit der intentio certa auf dare oportere. Namentlich spricht dafür, daß die alte legis actio per condictionem entschieden nur bei certa pecunia und bei certae res Anwendung fand, Gai. IV. 19, und daß die condictio sogar noch von Gaius als diejenige actio in personam definirt wird, wobei die intentio auf ein dare oportere gehe, Gai. IV. 18, was nur auf die condictio certi paßt, und was unbegreiflich wäre,

wenn nicht diese certi condictio ursprünglich den ganzen Begriff erschöpft hätte; und nur daraus dürfte sich auch einiger Maaßen die terminologische Eigenheit erklären, daß für die Fälle der condictio incerti sehr häufig geflissentlich der Name condictio vermieden, und dafür der Name actio gebraucht wurde (z. B. bei der actio ex stipulatu). Erst später — wann? läßt sich freilich nicht mit Sicherheit ermitteln, aber doch jedenfalls schon vor der Zeit der Pandekten-Juristen — drängte das Bedürfniß zu der Gestattung einer *condictio incerti*, mit intentio incerta auf dare facere oportere, und es läßt sich nicht verkennen, daß darin eine nicht unbedeutende Konzession an das System der freien Klagen lag, und die Kluft zwischen den Geschäften des strengen Rechts und des guten Glaubens wesentlich gemindert wurde. Vgl. Gans S. 75 fgg., besonders S. 84, Zimmern Rg. III. §. 62, Hasse a. a. O. S. 62, bes. Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 71 fgg. Was nun:

1) die *certi condictio* anbelangt, so ist diese nur dann begründet, wenn aus einem der in der vorigen Nummer angeführten Kondiktions-Gründe ein Anspruch auf ein Dare — denn jedes Facere involvirt ein incertum, l. 75. §. 7. de V. O. —, und zwar auf das Dare eines Certum hervorgeht, also eines nach allen Seiten hin („quid, quale, quantum") völlig bestimmten Gegenstandes, l. 74, l. 75. pr. de V. O. (45, 1). Die intentio lautete einfach: „si paret, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X. millia (fundum Cornelianum, hominem Stichum) dare oportere", Gai. IV. 18. 33. 34. 41. 86, Cic. pro Rosc. Com. c. 4, vgl. l. 19. de servit. praed. rust. (8, 3), l. 42. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13, 4), l. 75. §. 8. l. 103. de V. O. (45, 1), l. 93. pr. de solut. (46, 3).

2) Die *incerti condictio* wird dann angestellt, wenn zwar einer der Kondiktionsgründe vorhanden, aber der Inhalt der daraus hervorgegangenen obligatio ein Incertum ist, sei es, daß die Obligation nicht auf ein dare, sondern auf ein facere geht, oder daß das Objekt in irgend einer Beziehung unbestimmt ist, l. 75. pr. §. 1 sqq. de V. O. (45, 1). In solchen Fällen mußte natürlich die intentio gerade so eine incerta sein, wie bei bonae fidei actiones, und also namentlich auch immer auf ein *dare facere,* nicht auf ein bloses dare gerichtet sein, so daß sie sich von der bei bonae fidei actiones gebräuchlichen lediglich durch das Fehlen des Zusatzes: ex fide bona unterschied. Sie lautete nämlich: „quidquid paret, Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere" oder „quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet", Gai. IV. 41. 131. 136; vgl. l. 29. §. 1., l. 76. §. 1.

de V. O. (45, 1), l. 72. §. 3. de solut. (46, 3). Ueber einzelne Anwendungsfälle der condictio incerti siehe z. B. l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7, 5), l. 35. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 22. §. 1, l. 40. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 3. de cond. sine causa (12, 7), l. 12. §. 2. de cond. furt. (13, 1), l. 5. §. 1. fin., l. 8. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 2. §. 3. de donat. (39, 5) u. a. m.

3) Bei der certi condictio wurde schon von Alters her (lex Silia bei der legis actio per condictionem Gai. IV. 19) der Fall besonders hervorgehoben, wenn die condictio auf eine certa *pecunia* ging. Wenn freilich Viele einen wesentlichen Unterschied darin setzen, daß nur bei der condictio auf eine certa pecunia eine certa *condemnatio* vorgekommen sei, während bei der cond. auf eine certa res die condemnatio immer eine incerta gewesen sei („quanti ea res est"), vgl. z. B. Hasse S. 69, Savigny S. 612, Wächter S. 72 fgg. u. a. m., so dürfte dies sehr zweifelhaft sein, indem sich gute Gründe dafür anführen lassen, daß auch im letztren Falle die condemnatio auf eine certa pecunia gerichtet werden konnte, vgl. Heimbach Kreditum S. 570 fgg. Dagegen ist ein unzweifelhafter wesentlicher Unterschied der, daß nur bei der erstren eine sehr bedeutende Succumbenz-Strafe, nämlich die sponsio tertiae partis, vorkam, Cic. pro. Rosc. Com. c. 4. 5, Gai. IV. 13. 171, und daraus erklärt es sich, daß gerade nur diese condictio auf certa pecunia öfter certi condictio oder auch actio si certum petatur genannt wird, während im Gegensatz davon jede andre condictio den Namen *condictio triticaria* erhielt, indem man Getraide repräsentativ für andre Sachen außer Geld annahm, l. 1. pr. de cond. tritic. (13, 3):

> *Ulp.* „Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: *si certum petetur.* Qui autem alias res, per *triticariam condictionem* petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit, sive etiam jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum",

und hiernach umfaßt denn die cond. triticaria nicht nur die cond. auf eine certa res, sondern auf die gesammte cond. incerti. Doch sind die Ansichten über diese Terminologie verschieden, vgl. z. B. Glück XIII. S. 259 fgg., Gans S. 85 fgg., Savigny S. 622 fgg., Puchta Kursus der Instit. II. §. 165 bei Not. dd. fgg., Wächter S. 74 fgg., Heimbach Kreditum S. 106 fgg.

4) Es ist oben die Behauptung aufgestellt worden, daß die **certi condictio** nur angestellt werden könne, wenn einer der bestimmten Kondiktionsgründe vorhanden, und die daraus hervorgegangene **obligatio** auf ein **certum** gerichtet sei. Dagegen aber scheint die **l. 9. pr. de R. C. (12, 1)** zu sprechen:

Ulp. **„Certi condictio competit ex omni causa et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petetur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; caeterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere"**

und wirklich ist besonders auf diese Stelle die Theorie von der s. g. ***condictio certi generalis*** gebaut worden, worüber freilich wieder mannichfach verschiedene Ansichten vorkommen, denn während Viele so weit gehen, aus einer jeden **obligatio**, sie mag beschaffen sein, wie sie will, diese **condictio generalis**, in alternativer Konkurrenz mit der entsprechenden Klage aus der speziellen **obligatio**, zu gestatten, wenn nur der Kläger im Stande sei, seine Forderung auf ein **certum** zu stellen: so nehmen Andre doch wenigstens die Schranke an, daß doch jedenfalls immer ein Kondiktionsgrund vorhanden sein müsse, in welchem Falle dann der Kläger stets, wenn auch das Objekt der **obligatio** an sich ein **incertum** sei, die **certi condictio** anstellen könne, wenn er es nur darauf wagen wollte, daß seine eigene Schätzung nicht über die von dem Richter vorzunehmende hinausgehe, vgl. z. B. **Schol. ad Basil. XXIII. 1. fr. 4. (bei Heimb. II. p. 591.)** und **fr. 9. (Heimb. p. 595 sqq.), Gloss. ad pr. J. quib. modis re** und **ad Rubr. et ad l. 9. de R. C., *Cujac.* ad leg. 9. cit. (in opp. VII. p. 649 sqq.)**, Hasse S. 73 fgg., Brackenhöft Identität und Konnexität S. 95 fgg., Unterholzner Schuldverhältnisse I. S. 338 fgg. Diese ganze Ansicht ist gewiß verwerflich. Allerdings kann bei Gelegenheit der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte ein Kondiktionsgrund Platz greifen (besonders **condictio sine causa** und **condictio ex injusta causa**), und so finden wir z. B. Kondiktionen erwähnt in alternativer Konkurrenz mit der **actio depositi, commodati, pigneraticia, mandati, negotiorum gestorum, tutelae, pro socio etc.**, vgl. **l. 1, l. 4. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 28. §. 4. de jurejur. (12, 2), l. 13. §. 1. depos. (16, 3), l. 45. 46. 47. pr. pro socio (17, 2), l. 5. de tutelae (27, 3), l. 5. de exc. rei judic. (44, 2), l. 34. §. 1. 2. de O. et A. (44, 7)** u. s. w., wobei aber natürlich immer vorausgesetzt wird, daß auch **in concreto** wirklich ein Grund für die **condictio** vorhanden ist, vgl. besonders **l. 13. §. 1. depos. („— — non enim quemquam hoc ipso,**

quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit"). Und eben so ist es ferner sehr wohl möglich, daß das Objekt derjenigen obligatio, welche aus dem Konditionsgrunde hervorgeht, ein Certum ist, während die prinzipale Obligation selbst auf ein Incertum geht. Hält man diese beiden einfachen Prämissen fest, so erklärt sich die l. 9. cit. leicht, ohne daß man zu jenen haltlosen Nothbehelfen einer condictio certi generalis, oder einer durch Selbstschätzung des Klägers zu bewerkstelligenden Umwandlung eines Incertum in ein Certum seine Zuflucht zu nehmen nöthig hätte. Vgl. auch Gans S. 127 fgg., Liebe Stipulation S. 44 fgg., Savigny S. 578 fgg., Wächter S. 103 fgg., Heimbach Kreditum S. 84 fgg. (Besonders bestritten ist noch, was Ulpian unter den contractus certi und incerti verstanden haben möge. Die meisten älteren und neueren Juristen von der Glosse ad h. l. an, denken dabei an den Gegensatz zwischen den s. g. contractus nominati und innominati, vgl. z. B. auch noch Liebe Stipul. S. 351, Savigny S. 581. Andre finden hier den Gegensatz von contractus stricti juris und contractus bonae fidei, z. B. Gans und Wächter a. d. aa. OO. Wieder Andre verstehen unter dem contractus incertus einen bedingten oder betagten Vertrag, z. B. Rubo über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 82 fgg., Zimmern Rg. III. §. 62 bei Not. 15. Andre endlich denken unter den contractus incerti an solche, in denen mehrere zivile Obligationsgründe bei einer und derselben Forderung zusammentreffen, z. E. res und verba bei der Darlehns-Stipulation, vgl. Huschke in den Leipz. krit. Jahrb. für Rechtsw. 1840. S. 483. Keine dieser verschiedenen Auslegungen entspricht dem römischen Sprachgebrauche, und wir können daher gewiß unter dem contractus incertus (nach dem bekannten Vorbild: stipulatio certa und incerta) nur denjenigen Vertrag verstehen, dessen Objekt ein incertum ist, vgl. auch Hasse S. 74, Brackenhöft a. a. O. S 98 Not., Heimbach Kreditum S. 88 fgg. Daß daraus doch eine certi condictio hervorgeht, erklärt sich leicht aus der oben gemachten Bemerkung, daß, ungeachtet die prinzipale Obligation auf ein incertum geht, doch sehr wohl das Objekt der aus dem konkurrirenden Konditionsgrunde entspringenden obligatio ein certum sein kann). —

Soviel über diesen wichtigen Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Ueber die heutige Unanwendbarkeit dieses Unterschieds und über den Grundsatz des heutigen Rechts, daß alle Klagen als bonae fidei actiones und alle Rechtsgeschäfte als bonae fidei negotia zu behandeln seien, vgl. z. B. Savigny S. 136 fgg.,

Wächter S. 112 fgg. In jedem Falle ist aber die genauere Kenntniß dieser Verschiedenheit nicht nur für die Quellen-Interpretation, sondern auch für die tiefere Einsicht in das römische Obligationen-Recht schlechthin unentbehrlich. —

---

5) Actiones arbitrariae. §. 140.

Ribbentrop comm. ad l. 16. §. 5. de pignor. et l. 9. §. 1. de exc. rei judic. §. 2—4, Keller Litisk. und Urth. S. 212 fgg., Zimmern Rg. III. §. 67 und 68, Benfey im Rhein. Mus. IV. S. 311 fgg., Hasse a. a. O. S. 26 fgg., Schröter in der Gießer Zeitschr. VII. S. 371 fgg., Savigny V. S. 119 fgg., Puchta Kursus der Institt. II. §. 166 bei Not. n und fgg., Wetzell der röm. Vindikationsprozeß S. 107 fgg., Wächter Erörtr. Heft II. Nr. 9. S. 14 fgg.

1) §. 31. J. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, (veluti rem restituat vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat) condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est; item cum id, quod certo loco promissum est, petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici, ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

2) *Paul.* l. 2. §. 1. de in litem jur. (12, 3): Interdum quid intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.

3) *Ulp.* l. 68. de R. V. (6, 1): Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse se restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine con-

demnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones, et sive in rem, sive in personam sint, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

6) Interdicta. §. 141.

Inst. IV. 15. de interdictis, Dig. XLIII. 3, Cod. VIII. 1 de interdictis s. extraordinariis actionibus, quae pro his competunt; vgl. Gai. IV. 138 sqq. — Haubold in der Zeitschr. für gesch. Rw. III. 12, Zimmern Rg. III. §. 71 fgg., Bethmann-Hollweg Handb. des Zivilproz. I. §. 37, Schneider subsid. Klagen S. 114 fgg. S. 138 fgg., S. 145 fgg., Puchta Kursus der Institt. II. §. 169, Leist die bonor. poss. I. S. 325 fgg.

1) *Gai.* IV. 138. 139. 141: Superest, ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. — — Nec tamen, cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judices recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit. Vgl. auch *Theoph.* ad pr. J. de interd. (4, 15), l. 1. §. 2. si ventr. nom.(25, 5): — — melius et civilius faciet, si eum per interdictnm ad *jus ordinarium* remiserit. —

2) §. 1. J. h. t.: Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut *prohibitoria* sunt, aut *restitutoria*, aut *exhibitoria*. — — Sunt tamen, qui putant, proprie *interdicta* ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia *interdicere* est denuntiare et prohibere, exhibitoria autem et restituria proprie *decreta* vocari: sed tamen obtinuit, omnia *interdicta* appellari, quia *inter duos dicuntur* (!). — 3) *Ulp.* l. 1. §. 1. fin. h. t.: sunt

tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria. (Solche gemischte Interdikte s. z. B. in l. 1. l. 3. pr. de hom. lib. exhib. 43. 29, und in l. 3. §. 1. de lib. exhib. 43. 30; vgl. auch l. 3. §. 2. ne vis fiat 43. 4).

4) §. 2. J. h. t.: Sequens interdictorum divisio haec est, quod quaedam *adipiscendae possessionis causa* comparata sunt, quaedam *retinendae*, quaedam *reciperandae*. Gai. IV. 143, l. 2. §. 3. h. t. — 5) *Paul.* l. 2. §. 3. fin. h. t.: Sunt etiam interdicta, ut diximus, duplicia, *tam recuperandae*, *quam adipiscendae possessionis*. (Rudorff in der gesch. Zeitschr. IX. S. 11 fgg.).

6) §. 7. J. h. t.: Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut *simplicia* sunt, aut *duplicia*. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est — — — —; duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet. Gai. IV. 157—160. l. 2. pr. h. t.

7) *Ulp.* l. 1. §. 3. h. t.: Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. (Schmidt v. Ilmenau, ziv. Abh. S. 51 fgg.).

8) §. 8. J. h. t.: De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere, nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse, reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Anm. Ueber die in neuerer Zeit sehr bestrittene Frage, ob die Interdikte zu den summarischen Rechtsmitteln zu zählen seien, oder nicht? eine Frage, die von besondrer Bedeutung für die Theorie der **interdicta adipiscendae possessionis** geworden ist, s. außer den angeff. Zimmern und Hollweg, noch besonders auf der einen Seite Savigny in der gesch. Zeitschr. V. 1 und VI. 3, vgl. auch Puchta in den Erl. Jahrb. IX. S. 1 fgg., und auf der andren Seite Thibaut im ziv. Arch. X. 23, Mühlenbruch Entw. des Zivilproz. S. 236 fgg., Löhr im ziv. Arch. XII. S. 97 fgg. Vgl. auch unten §. 390. Anm., und §. 509. Anm.

7) S. g. actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae. §. 142.

Kierulff Theorie I. S. 172 fgg, bes. S. 220 fgg., Savigny Syst. V. S. 37 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 258 fgg.

§. 16—18. J. de act. (4, 6): Quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hac quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur — — — —. Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt.

8) Cognitiones extraordinariae. §. 143.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus. — Zimmern Rg. III. §. 88, Schneider subsidiäre Klagen S. 52 fgg., Savigny V. S. 63 fgg., Puchta Kursus der Institut. II. §. 176.

III. Anstellung der Klage. §. 144.

Anm. Es gilt die natürliche Regel, daß Jeder seine Klage so lange anstellen kann, bis die gesetzliche Verjährungszeit vorüber ist, und daß der Richter nicht befugt ist, diese gesetzliche Zeit durch kürzere Fristbestimmungen zu verkümmern. Doch gibt es einzelne Ausnahmsfälle, in denen Gesetz und Praxis dem Richter allerdings eine solche Befugniß einräumen, und zwar gehören hierher, abgesehen von den Fällen der s. g. Ediktalladungen **cum praejudicio praeclusi**, die beiden speziellen Provokationsfälle **ex lege Diffamari** und **ex lege Si contendat**. Die erstre gründet sich auf ein Mißverständniß der **l. 5. C. de ingenuis manum (7, 14): „*Diffamari* statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam, periniquum est: praesertim cum affirmes, diu Praesidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret,**

unde constat merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet". Die zweite Provokation aber stützt sich auf eine Usualinterpretation der l. 28. de fidejussorib. (46, 1): „*Si contendat* fidejussor caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam: *si non et illi solvendo sint*".

IV. Aufhebung der Klagen.

1) Durch den Tod einer Parthei. §. 145.

Inst. IV. 12. de perpet. et temporalib. act., et quae ad heredes et in heredes transeunt; Cod. IV. 17. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. — Kierulff Theorie I. S. 215 fgg., Savigny V. S. 198 fgg., Mühlenbruch Forts. des Glück'schen Komm. XLIII. S. 8 fgg.

§. 1. J. h. t.: Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso jure competunt, aut a praetore dantur, et in heredem aeque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) quum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur et contra heredes transeunt.

Anm. Regelmäßig findet bei allen Klagen ein s. g. aktiver und passiver Uebergang auf die Erben Statt (**actiones transeunt ad heredes et in heredes**). Doch kommen davon Ausnahmen vor:

I. Was den aktiven Klagübergang anbelangt, so versteht sich zunächst von selbst, daß überall dann, wenn das die Klage erzeugende Recht so beschaffen ist, daß es mit dem Tode des Berech-

tigten erlöscht, für die Erben keine Klage mehr daraus hervorgehen kann, wie dies z. B. der Fall ist bei Familienrechten, bei Personalservituten, bei **privilegia personae**, bei Ansprüchen auf unmittelbare Lebens-Versorgung, bei manchen Kontrakts-Verhältnissen, z. B. Sozietät, Mandat, u. dgl. m. Abgesehen von solchen, offenbar nicht eigentlich hierher gehörigen Fällen, sind von dem aktiven Klagübergang nur ausgenommen die **actiones** ***populares***, weil dieselben vor der Litiskontestation gar nicht zu dem Vermögen gehören, und der Erbe sie also begreiflich nicht als Erbe, sondern nur als **civis** anzustellen befugt ist, **l. 5. §. 5. de his, qui effud. (9, 3)** vgl. mit **l. 7. pr. §. 1. de popul. act. (47, 23)**, und die s. g. **actiones** ***meram vindictam spirantes***, wobei freilich in Betreff der dahin zu zählenden Fälle auch noch die neueren Juristen nicht ganz einverstanden sind, vgl. Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 363 fgg., Mühlenbruch Zession S. 295 fgg., Ders. in Glück's Komm. S. 9 fgg., Kierulff S. 227 fgg., Savigny Syst. II. S. 121 fgg. verb. mit V. S. 200 fgg., Puchta Lehrb. §. 88. Not. c, Rudorff Grundriß §. 87. Anm. Es gehören hierher wohl folgende einzelne Klagen:

1) Die **actio injuriarum**, die als das Vorbild dieser ganzen Gattung von Klagen angesehen werden muß, vgl. T. 1.: „**excepta injuriar. actione**, *et si qua alia similis inveniatur*", **Cic. pro Caec. c. 12, l. 7. §. 1, l. 13. pr., l. 28. de injur. (47, 10), l. 32. pr. ad leg. Falc. (35, 2), l. 2. §. 4. de collat. bonor. (37, 6).**

2) Die **in factum actio de calumniatoribus, l. 4. de calumniat. (3, 6).**

3) Die **querela inoff. test.** und **inoff. donationis, l. 6. §. 2, l. 7, l. 15. §. 1. de inoff. test. (5, 2), l. 5. C. eod. (3, 28).**

4) Die Klagen, welche gegen Undankbare gerichtet sind, namentlich die Rückforderungsklage des Schenkers gegen den undankbaren Beschenkten **l. 1. 7. 10. C. de rev. donat. (8, 56).** Nach röm. Rechte gehörte dahin auch die Klage des Patrons und Vaters, wenn der Freigelassene oder das Kind ohne vorgängige Erlaubniß **in jus** vozirt hatten, **l. 24.** verb. mit **l. 4. §. 1. de in jus voc. (2, 4)**, was heut z. T. freilich wegfällt.

5) Die Ansprüche, welche ein Ehegatte gegen den andren wegen Verschuldung (**propter mores**) erheben kann, **l. 15. §. 1. sol. matr. (24, 3)**: „**[heres mariti] morum coercitionem non habet**"; vgl. Glück XXVII. S. 71 fgg.

6) Die **actio sepulchri violati, l. 6. fin., l. 10. fin. de sep. viol. (47, 12).**

7) Die **actio in factum de mortuo inferendo**, l. 9. **de relig.** (11, 7), in welcher Stelle es Gaius als etwas Ausgemachtes anführt, daß die Klage weder auf noch gegen die Erben übergehe, obgleich man sich darüber wundern könne, indem ja doch auch ein pekuniäres Interesse damit verfolgt werde:

> „**Unde miror, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem, nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur, certe perpetuo ea inter ipsos competit**".

Der Grund ist offenbar, weil hier ähnlich, wie bei der **a. sepulchri violati**, wesentlich eine dem Andenken des Verstorbenen zugefügte Schmach gerächt werden soll, (vgl. auch **l. 1. §. 6. de injur.** 47. 10 und **l. ult. C. de sep. viol.** 9. 19), und das pekuniäre Interesse mehr nur sekundär zur Sprache kommt, vgl. auch Glück XI. S. 453 fgg., Kierulff S. 228. Not., Savigny V. S. 200 fgg. Die schon von manchen Aelteren (vgl. Glück Not. 88—90), unter den Neueren aber besonders von Mühlenbruch Zession S. 300. Not. 116, Komm. XLIII. S. 13 und 31 vertheidigte Auslegung, welcher auch ich in früheren Ausgaben beistimmte, daß nämlich Gaius die Meinung, über die er sich wundere, auch wirklich verwerfe, und daß also die Schlußworte so aufgefaßt werden müßten „im Gegentheil kann die Klage stets von den Erben und gegen die Erben angestellt werden", ist weder juristisch nothwendig, noch auch grammatisch zulässig, vgl. auch Puchta Lehrb. §. 88 Not. c.

8) Die **actio de effusis** wegen Verwundung eines freien Menschen, l. 5. §. 5. **de his, qui effud.** (9, 3), und gewiß gehört dahin auch die Aedilitische Klage wegen Verwundung eines freien Menschen durch wilde Thiere, l. 42. **de aedil. ed.** (21, 1). —

Wenn Savigny II. S. 127 Not. r auch noch das **interd. quod vi** hierher zählen will, so läßt sich dies mit l. 13. §. 5. **quod vi** (43, 24) gewiß nicht vereinigen, denn die Worte: „**Et recte dicetur, heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive antequam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum**" blos auf den Fall beschränken zu wollen, wenn während der **hereditas jacens** das Delikt begangen sei, ist doch gewiß willkürlich, und kann auch dadurch nicht gerechtfertigt werden, daß im Anfang des §en wirklich von diesem Falle die Rede war, s. auch Puchta a. a. O. —

II) Der passive Uebergang tritt nicht ein bei Popularklagen, l. 7. 8. **de popular. act.** (47, 23), und bei ***actiones ex delictis***, worüber jedoch noch folgende nähere Bestimmungen zu bemerken sind (vgl. hierüber besonders Francke, Beiträge

Abh. 1., Kierulff a. a. O. S. 219 fgg., Savigny V. S. 246 fgg.):

1) Bei actiones mere poenales fällt aller und jeder Uebergang hinweg §. 1. J. h. t., l. 5. §. 5. und 13. de his, qui effud. (9, 3), l. 1. pr. de privat. del. (47, 1), und das muß in der Regel selbst dann angenommen werden, wenn die Erbschaft durch das Delikt noch wirklich bereichert ist, indem regelmäßig neben solchen actiones poenales noch eine actio rei persecutoria vorkommt, die in einem solchen Falle gebraucht werden kann. Wenn dies aber einmal ausnahmsweise nicht der Fall, wenn also die actio poenalis die einzige Klage ist, so geht dieselbe allerdings so weit gegen die Erben, als dieselben durch das Delikt bereichert sind, und daraus erklärt sich die l. 5. pr. de calumniat. (3, 6). A. M. ist in Betreff dieses letzten Punkts Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des R. R. S. 22 fgg.

2) Bei actiones rei persecutoriae ex delicto gilt der Grundsatz, daß die Klage zwar gegen die Erben geht, aber nur so weit die Erbschaft ex delicto reicher geworden ist, l. 16. §. 2. quod met. c. (4, 2), l. 17. §. 1, l. 26. de dol. mal. (4, 3), l. 6. 7. de alienat. jud. met. c. (4, 7), l. 16. de judic. (5, 1); l. 52. de R. V. (6, 1), l. 3. §. 5. si mensor. fals. mod. (11, 6), l. 7. §. 5, l. 9. §. 2. de tribut. act. (14, 1), l. 9. quod falso tutore (27, 6), l. 20. §. 8. de oper. nov. nunc. (39, 1), l. 9. §. 8, l. 10. de reb. auct. judic. poss. (42, 5), l. 11. qui in fraud. creditor. (42, 8), l. 1. §. 48. de vi (43, 16), l. 15. §. 3. quod vi (43, 24), l. 44. de R. J., l. un. C. h. t. Nur in Betreff der *condictio furtiva* wird uns der Satz aufgestellt, daß die Erben in solidum haften, was zwar *Cujac.* obs. VII. 37, XVII. 37. läugnet, aber gegen klare Gesetze §. ult. J. de oblig. quae ex del. (4, 1), l. 7. §. 2, l. 9. de cond. furt. (13, 1). Wenn auch die Gründe dieser Ausnahme sehr bestritten sind, (Konjekturen hierüber finden sich namentlich bei Francke a. a. O. S. 34 fgg., Unterholzner Verjährungsl. II. Not. 771, *Krug*, selecta de condict. furt. capit. Lips. 1830. pag. 2 sqq.), so ist es doch jedenfalls verwerflich, aus diesem einzelnen Ausnahmsfall mit Hintansetzung der vielen entgegenstehenden Gesetze, die Regel bilden zu wollen, daß überhaupt actiones rei persecutoriae ex delicto in solidum gegen die Erben gehn, wie z. B. von *Faber* conject. lib. IV. c. l., und *Ayrer*, de act. ex delict. rei persecut. adv. hered. in solidum compet. Gött. 1753. geschehen ist, wogegen sich jedoch mit vollem Recht alle Neuern erklärt haben. Es liegt aber der wahre Grund jener Ausnahme offenbar darin, weil die cond. furtiva gar keine eigentliche Delikts-

klage ist, vgl. unten §. 679 Anm. 2. — Nach Pandektenrecht muß neben der **cond. furt.** noch eine andre Ausnahme für die **act. rerum amotarum** anerkannt werden, **l. 6. §. 4. de act. rer. amotar.** (25, 2), was jedoch nach dem Recht des Kodex hinweggefallen ist, **l. 3. C. rer. amotar.** (5, 21).

3) Bei **actiones mixtae** muß derselbe Grundsatz, wie bei **actiones rei persecutoriae** gelten, und nur dann leidet dies eine Ausnahme, wenn gegen die Regel neben einer solchen **actio mixta** noch eine **actio rei persecutoria** gegeben ist, wie namentlich bei der **act. vi bonorum raptorum**, neben welcher auch die **condictio furt.** als rein persekutorische Klage vorkommt, woraus sich **l. 2. §. 27. vi bonor. raptor.** (47, 8) erklärt.

4) Streitig ist es noch insbesondere, wie es sich mit Klagen aus Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältnissen verhalte, wenn der Erblasser sich eines **dolus** schuldig machte. Auch für diesen Fall behaupten nämlich Manche wegen **§. 1. J. h. t.** und **l. 8. §. 1. de fidejuss. et nominator.** (27, 7), der Erbe hafte blos, so weit er bereichert sei, vgl. bes. *Costa* **ad §. 1. J. cit.** und Thibaut civ. Abh. S. 183. Syst. §. 68. Not.*), während die herrschende Lehre sich dahin erklärt, daß der Erbe eben so, wie der Erblasser selbst **in solidum** hafte, und zwar gewiß mit Recht. Denn abgesehen davon, daß es doch gewiß sonderbar sein würde, daß der Erbe zwar wegen leichten Versehens, nicht aber wegen **dolus** und **culpa lata** seines Erblassers haften sollte, so sprechen für die gemeine Meinung auch die bestimmtesten Gesetze, **l. 10. pr. comm. divid.** (10, 3), **l. 7. §. 1. depos.** (16, 3), **l. 12. 49. de O. et A.** (44, 7), **l. 121. §. 3. de V. O.** (45, 1), **l. 152. §. 3, l. 157. §. 2. de R. J.**, und es ist offenbar willkührlich, wenn Costa dieselben sämmtlich für antiquirt erklären will. Bei genauerer Betrachtung sind aber auch die von ihm angeführten Gesetze ganz irrelevant. Denn was zunächst den **§. 1. J. cit.** anbelangt, so sagt derselbe, wenn man mit guten Handschriften das *veluti* vor den Worten **cum dolose testator versatus sit** ausläßt, blos: es gebe Fälle, in denen eine Kontraktsklage wegen des **dolus** des Erblassers nicht gegen die Erben gebraucht werden könne. Gaius **IV. 113.** aus welcher Stelle der **§. 1. cit.** genommen ist, hatte wirklich einen solchen Fall im Beziehung auf **sponsores** und **fidepromissores** angeführt; da dieser aber zu Justinian's Zeit antiquirt war, so wurde das Beispiel weggelassen, und blos im Allgemeinen auf mögliche Ausnahmen hingedeutet. Da sich aber in den Pandekten nichts von solchen Ausnahmen findet, so ist die ganze Stelle offenbar unbedeutend. Daß die Kompilatoren selbst hier nichts Klares dachten, geht noch insbesondere aus der Paraphrase des Theophilus hervor,

16*

denn dieser nennt zur Erläuterung als einen solchen Ausnahmsfall die **actio depositi**, aber freilich gegen bestimmte Gesetze, **l. 7. §. 1. depos. (16, 3)**. Was aber die **l. 8. §. 2. de fidejuss.** betrifft, und namentlich die Worte: **sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum**, welche von Costa so gedeutet werden, als ob der **dolus** der Tutoren den Erben nicht schaden könne, so geht aus einer Vergleichung mehrerer Konstitutionen, namentlich **l. 2. 5.** und bes. **l. 4. C. de in lit. jur. (6, 53)**, hervor, daß dieselben gar nicht unsre Frage berühren, sondern die davon völlig verschiedene, inwiefern die Erben des Vormundes sich das **jusjur. in litem** gefallen lassen müßten. Vgl. bes. die treffliche Ausführung von Francke S. 9 fgg., wodurch später auch Thibaut bewogen worden ist, seine frühere Meinung zurückzunehmen; vgl. Braun's Erörtr. S. 83 fgg. und Syst. 8te Aufl. §. 70., vgl. auch Kierulff S. 218 fgg., Savigny S. 55 fgg. Not. d., Mühlenbruch S. 27 fgg.

5) Was die Abänderung des römischen Rechts in Betreff der **actiones rei persecutoriae** durch das Kanonische Recht anbelangt, so enthalten die hierher gehörigen Dekretalen [**cap. 14. X. de sepult. (3, 26); cap. 9. X. de usur. (5, 19); cap. 5. 10. X. de raptor. (5, 17); cap. 28. X. de sent. excomm. (5, 39)**] gar nicht einmal die Einschränkung, daß der Erbe nur bis zum Belauf der Erbschaft haften soll, sondern sie sprechen absolut die Verbindlichkeit des Erben aus, die Vergehen des Erblassers wieder gut zu machen. Aber ein schon von den Italienischen Juristen her entstandener fester Gerichtsgebrauch hat jene Einschränkung in das Kanon. Recht hineingetragen, und eben dieser Gerichtsgebrauch entscheidet auch gegen die Meinung von Löhr Theorie der Kulpa S. 115, welcher die Anwendung jener Dekretalen ganz läugnet, weil sie nur an geistliche Gerichte gerichtet seien und nur geistliche Zwangsmittel anordneten; vgl. bes. Francke S. 44 fgg., Savigny S. 51 fgg., Mühlenbruch S. 35 fgg.

III. Die bisher dargestellten Ausnahmen fallen aber hinweg, und die Klagen gehen aktiv und passiv über, wenn bereits **lis** kontestirt ist, **§. 1. J. h. t., l. 26. 58. de O. et A. (44, 7), l. 139. 164. de R. J.** u. s. w.; Keller Litisk. S. 166 fgg. Namentlich ist dies auch bei Pönalklagen der Fall, denn an vielen Stellen ist dies deutlich ausgesprochen, wie namentlich von Ulpian, in **l. 26. de O. et A., l. 28. de injur. (47, 10)**; von Callistratus in **l. 58. de O. et A.**, und von Paulus in **l. 8. fin. de fidejussor. et nominator. (27, 7), l. 87. 164. de R. J.** Doch aber findet sich von demselben Paulus eine Stelle, wo mit Berufung auf kaiserliche Konstitutionen gesagt ist, Pönalklagen

gingen, **si vivus** *conventus* **fuerit**, gegen die Erben über, **l. 33. de O. et A. (44, 7):**

> *Paul.* **libr. III. Decretorum. „Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo",**

und wirklich haben Manche deßhalb angenommen, daß nach neuerem röm. Rechte der passive Uebergang der Pönalklagen schon durch die Mittheilung der Klage herbeigeführt werde, vgl. z. B. die bei Glück VI. S. 196. in der Note Angeff., und unter den Neueren Kierulff Theorie I. S. 281 fgg. Not.* und Asverus Denunziation S. 205 fgg. Da sich aber ein Widerspruch dieser Stelle mit den vorher angeführten schon wegen der Identität ihres Verfassers nicht wohl annehmen läßt, und man an eine Abänderung des früheren Rechts durch kaiserliche Konstitutionen um so weniger denken kann, da noch Diokletian und Maximian in **l. un. C. ex delict. defunct. (4, 17)** und Justinian in **§. 1. J. h. t.** ausdrücklich die Litis-Kontestation nennen: so haben, gewiß mit Recht, von der Glosse an, die Meisten nach einer Vereinigung der anscheinend widerstreitenden Stellen gesucht, und da scheint mir denn allerdings die, auch durch die Inskription unterstützte, Annahme das Meiste für sich zu haben, daß Paulus hier gar nicht von einer gewöhnlichen Pönalklage geredet hat, sondern von einer fiskalischen Strafe, welche **extra ordinem** vor einem Fiskalbeamten verfolgt wurde, und wobei dann durch kaiserliche Konstitutionen die Mittheilung der Klage als Surrogat der hierbei gar nicht vorkommenden Litis-Kontestation angeordnet worden ist, vgl. die bei Glück S. 197 a. E. Angeff., und unter den Neueren Wächter Erörtr. H. 3. S. 112 fgg. und Savigny Syst. VI. S. 19 fgg. Wenn dies aber auch der ursprüngliche Gedanke von Paulus gewesen sein mag, so ist davon doch gewiß für das Justinianische Recht keine Anwendung zu machen, indem hier ja alle **judicia extraordinaria** waren, und dabei die Litis-Kontestation entschieden in ein späteres Stadium des Prozesses fiel. Im Sinne der Justinianischen Kompilation muß ich es daher auch jetzt noch, eben so wie in den früheren Ausgaben dieses Lehrb., für das Natürlichste halten, mit Glück VI. S. 198. Not. und Francke S. 43. die **l. 33. cit.** aus **l. 10. §. 2 fin. si quis cautionib. in judic. sist. (2, 11)** zu erklären, und sie demgemäß von einem Falle zu verstehen, wo die Lit. Kont. durch Schuld des Verstorbenen verzögert ist. Wenn viele ältere und neuere Juristen die **l. 33. cit.** so deuten wollen, daß das **„conventus fuerat"** gar nicht ein bestimmtes Stadium des Prozesses bezeichne, sondern damit nur allgemein an-

gedeutet werden solle, daß der Beklagte im Laufe des Prozesses verstorben sei, und die Schlußworte „quasi lite contestata cum mortuo“ nicht auf eine Fiktion hinwiesen, sondern die wirklich geschehene Litis-Kontestation als Grund der Transmission der Klage anführten, so daß also Paulus hier gar nichts von den gewöhnlichen Grundsätzen Abweichendes ausspreche („Wenn der Thäter im Laufe des gegen ihn erhobenen Rechtsstreits gestorben ist, so kann die Strafe auch gegen seine Erben verfolgt werden, nämlich in Folge der mit dem Verstorbenen vorgenommenen Lit. Kontestation“), vgl. z. B. die bei Glück VI. S. 197 Angeff., und unter den Neueren Wächter Erörtr. H. 3. S. 113. und Buchka Einfl. des Proz. auf die materiellen Rechtsv. Bd. II. S. 63 fgg.: so dürfte diese Auslegung, abgesehen von manchen sprachlichen Bedenken, schon daran scheitern, daß sich Paulus zur Begründung seiner Behauptung auf kaiserliche Konstitutionen beruft, und also gewiß etwas von dem gewöhnlichen Rechte Abweichendes aufstellen will. — Uebrigens behaupten Viele, daß jedenfalls nach deutschem Rechte ein andrer Grundsatz gelte, indem darnach Pönalklagen, oder doch, wie Andre wollen, wenigstens die reipersekutorischen Klagen aus Delikten, oder nach der Meinung wieder Andrer, beide Arten von Klagen, schon mit der blosen Klaganstellung oder doch mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten, gegen die Erben des Letztren übergingen, und man beruft sich dafür auf die K. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 9. §. 6, vgl. z. B. Francke a. a. O., Sintenis Erläutr. S. 148 fgg., Heffter Zivilproz. 2. Aufl. §. 346. u. A. m. Dies ist aber gewiß unzuläßig, indem jene Stelle lediglich von Landfriedensbruch-Sachen redet, welche bei dem Reichs-Kammergericht anhängig gemacht seien, und also daraus wegen dieser doppelten wesentlichen Beschränkung gewiß keine allgemeine neue Regel gebildet werden kann, vgl. auch Wächter Erörtr. H. 3. S. 113 fgg., Buchka a. a. O. S. 153 fgg.

---

2) Durch Verjährung.

Inst. IV. 12. de pepetuis et tempor. actionibus; Cod. VII. 39. de praescript. XXX. vel. XL. annor.; VII. 40. de annali exceptione Italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. — Thibaut, Bes. und Verj. II. §. 38. fgg.; Unterholzner, Verjährungsl. an verschiedenen Orten, bes. Buch VI. (Bd. II. §. 252 fgg.). Ders. Schuldverh. I. S. 522 fgg.; v. Rein-

hardt, die usucapio und praescriptio des röm. Rechts. Stuttg. 1832. S. 232 fgg., Kierulff Theorie I. S. 189 fgg., Savigny Syst. V. S. 265 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 31. S. 287 fgg.

a) Begriff und geschichtliche Einleitung. §. 146.

Honor. et *Theodos.* l. 3. C. de praescr. 30. annor.: Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur; sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur: nihilo minus erit agenti 30 annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem: nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam in judiciis allegasse: nisi allegato sacro rescripto aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per executorem conventio; non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad solicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis (cod. Theod.: antiquitus fixis) temporibus limitabantur. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiam si se legis ignorantia excusare tentaverit. [Cf. l. un. C. Th. de actionib. certo tempore finiendis (4, 14)].

b) Voraussetzungen derselben.

α) Nativität der Klage. §. 147.

Thon in der Gießer Zeitschr. VIII. 1, Savigny a. a. O.

S. 280 fgg., Sintenis a. a. O. S. 290 fgg., Lenz Studien und Kritiken S. 233 fgg., Meine Abh. im civ. Arch. XXXIII. S. 292 fgg., („von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehns Klage?").

1) *Theodos.* l. 3. h. t. (vide §. 146) verb.: Quae ergo antea non motae sunt actiones, XXX. annorum jugi silentio, *ex quo jure competere coeperunt,* vivendi ulterius non habeant facultatem.

2) *Justin.* l. 7, §. 4. C. eod.: Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione, vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones XXX. vel XL. annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. Unde evenit, ut in matrimoniis, in quibus redhibitio dotis vel ante nuptias donationis in diem incertam mortis vel repudii differri solet, post conjugii dissolutionem earundem curricula praescriptionum personalibus itidem actionibus vel hypothecariis opponendarum initium accipiant.

3) *Justinian.* l. 1. §. 1. C. de annali except.: Nemo audeat, neque actiones familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari: sed *ex quo ab initio competit, et semel nata est* — — post memoratum tempus finiri.

Anm. Zum Eintritt der Klagen-Verjährung ist es wesentlich nöthig, daß die actio *nata* sei, vgl. die abgedr. Texte. Obwohl nun über diesen Grundsatz an sich („**actioni nondum natae non praescribitur**") Alle einverstanden sind, so herrschen doch über die Frage, wann die Nativität der Klage angenommen werden müsse, auch noch unter den neuern Juristen im Ganzen wie im Einzelnen die größten Meinungs-Verschiedenheiten.

I. Im Allgemeinen ist **eine actio** dann **nata**, **wenn die Verbindlichkeit des möglichen Beklagten** *in concreto* so **begründet ist, daß die Anstellung der Klage gegen**

denselben als rechtlich möglich erscheint. Dabei bedürfen aber einige Punkte einer näheren Bestimmung:

1) Wenn die rechtliche Möglichkeit einer Klaganstellung von Thatsachen abhängt, deren Eintritt ganz in dem Willen des Gläubigers steht, so ist für solche Fälle die Behauptung sehr gewöhnlich, daß dies in Betreff der Verjährung so anzusehen sei, als wenn die Klage schon gleich Anfangs nata wäre („toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris"), vgl. z. B. Statt Vieler Unterholzner Verj. II. §. 260, Schuldverh. I. S. 533 bei Not. i. Aus unsren Gesetzen läßt sich dieser Satz entschieden nicht konstruiren, denn der oft hierher gezogene bekannte Grundsatz: „in jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si conditio impleta fuisset", l. 161. de R. J. gehört keines Fall hierher, da sich derselbe offenbar nur auf solche Fälle bezieht, in denen die Verhinderung der Bedingung ein Unrecht, eine Chikane enthält. Wohl aber steht jene Behauptung mit den Gesetzen in offenem Widerspruch, denn dort wird überall die wirkliche Nativität der Klage ohne irgend eine Beschränkung zum Eintritt der Verjährung gefordert, T. 1 u. 3, und wenn es in T. 2 heißt, daß dann, wenn „sub *aliqua* conditione" ein Vertrag abgeschlossen sei, die Klage natürlich immer erst nach Erfüllung der Bedingung zu verjähren beginne, so können doch ohne die größte Willkühr von jener generellen Vorschrift nicht diejenigen Bedingungen ausgenommen werden, welche von dem Willen des Gläubigers abhängen, und also auch bei diesen kann die Verjährung gesetzlich erst nach deren Erfüllung anfangen, womit jene Behauptung von selbst zusammen fällt. Mit größtem Rechte haben daher auch alle Neueren sich gegen jene Behauptung erklärt, vgl. Thon S. 2 fgg., Kierulff S. 194 a. E., Savigny S. 282 fgg., Puchta Lehrb. §. 90. Not. n, Vorles. I. S. 187, Lenz S. 252 fgg.

2) Wie man früher oft durch den eben bekämpften Grundsatz die Klagen-Verjährung ungebührlich erleichtern wollte, so wollen die meisten Neueren umgekehrt dieselbe eben so unberechtigt erschweren durch das von ihnen aufgestellte Dogma, daß die Nativität der Klage und folgeweise der Anfang der Verjährung immer das Dasein einer Rechtsverletzung voraussetze, und daraus wird dann namentlich abgeleitet, daß, wenn das fragliche Rechtsverhältniß seinem Wesen nach einen Aufschub der Realisirung mit sich führe, wenn es also in der Natur dieses Rechtsverhältnisses liege, daß der Schuldner nicht sogleich zahle, sondern eine Zeit lang Schuldner bleibe, die Klage nicht sogleich mit Entstehung der Forderung,

sondern erst mit erfolgter Kündigung von Seiten des Gläubigers zu verjähren anfangen könne, wie z. B. bei dem ohne weitere Nebenbestimmung abgeschlossenen **mutuum** oder bei dem **depositum**, in welchen Fällen die Verjährung der Klage nicht sogleich mit der Perfektion des Kontrakts, sondern erst dann beginnen könne, wenn der Gläubiger das Darlehn oder das Depositum zurückgefordert habe, vgl. z. B. Schweppe I. §. 170, Wening I. §. 40, Kierulff S. 192 fgg., Savigny S. 281 fgg. S. 285, S. 291 fgg., Puchta Pand. §. 90, Vorles. I. S. 186 fgg., Sintenis S. 290 fgg. Ich muß dieses Dogma auch noch jetzt, ungeachtet des Dissenses fast aller Neueren, mit Thon S. 33 fgg. für völlig unbegründet halten, und ich muß also auch noch jetzt, eben so wie in den früheren Ausgaben dieses Lehrb., die Ueberzeugung aussprechen, daß bei allen **actiones in personam** aus Rechtsgeschäften — denn in dieser Sphäre allein bewegt sich der ganze Streit —, die **actio** alsbald **nata** ist, sobald die **obligatio** des Schuldners zu vollständiger Existenz gelangt, daß es dazu durchaus keiner weiteren Rechtsverletzung bedarf, und daß also namentlich auch die **condictio mutui** und die **actio depositi** sogleich mit der Perfektion des Vertrags zu verjähren anfangen; vgl. jetzt auch Lenz a. a. O. und meine Abh. S. 295 fgg. Auf Gesetze gründet sich jenes Dogma entschieden nicht, und in der That verweisen denn auch die Vertheidiger desselben lediglich auf die angebliche Natur der Sache. Man behauptet nämlich erstens, daß schon der Begriff der Nativität von selbst darauf hinführe, daß dazu eine Rechtsstörung vorausgesetzt werde, denn jedes Klagerecht habe seiner Natur nach zwei Bedingungen, ein wirkliches, gegenwärtiges Recht, aus welchem es hevorgehe, und eine Rechtsverletzung, welche den Berechtigten zur Klage veranlasse, und ohne welche das Recht nicht die besondre Gestalt einer Klage annehmen könne, vgl. z. B. Savigny V. S. 6. S. 281; und hiermit wird dann zweitens noch die weitere, besonders auf Verjährung bezügliche, Argumentation verbunden, daß doch unmöglich von einer Versäumniß der Klage die Rede sein könne, wenn zur Klaganstellung gar keine Veranlassung da gewesen sei, also namentlich nicht, so lange die Erfüllung der **obligatio** mit dem Willen des Gläubigers unterbleibe. — Der erste dieser beiden Gründe ist gewiß unrichtig, indem vielmehr bei allen Geschäfts-Obligationen die juristische Begründung der Klage schlechthin nichts weiter voraussetzt, als das Dasein der klagbaren **obligatio**, und die Rechtsstörung durchaus nicht zur Begründung der Klage gehört, sondern nur den Anlaß zu ihrer Anstellung abgibt. Namentlich stehen in dieser Beziehung die beiden Fälle, welche die Gegner so verschieden beur-

theilen wollen, — wenn mir Jemand 100 aus einer Stipulation u. dgl. schuldet, und wenn er mir 100 aus einem ohne alle Nebenbestimmung abgeschlossene Darlehn u. dgl. schuldig ist — juristisch sich völlig gleich. In beiden in ganz gleicher Weise kann der Gläubiger alsbald die 100 fordern (**dies statim cedit** *et venit*), und in beiden in ganz gleicher Weise braucht der Schuldner nicht eher zu leisten, als bis der Gläubiger gefordert hat, denn auch bei einer Stipulations- oder andren dgl. Schuld ist der Debitor nicht zu einem **ultro sese offerre** verpflichtet, vgl. l. 48. de V. O. (wo die Stipulations-Klausel *cum petiero* nur für eine **juris conditio**, also für eine sich von selbst verstehende erklärt wird), s. auch §. 588. Anm. 2. Der Umstand, daß im ersten Falle, bei einer Stipulations-Schuld, der Gläubiger vielleicht — denn immer und nothwendig ist dieses keineswegs der Fall — die alsbaldige Zahlung erwartet, während er im zweiten Falle, bei dem Darlehn, wahrscheinlich das Geld eine Zeit lang bei dem Schuldner stehen zu lassen beabsichtigt: dieser Umstand, sage ich, begründet nur eine rein faktische Verschiedenheit, die die Folge haben kann, daß der Gläubiger sich im erstren Falle früher veranlaßt sieht, seine Forderung geltend zu machen, als im zweiten, die aber für die juristische Beurtheilung beider Fälle, namentlich in Betreff der Nativität völlig irrelevant ist. Steht es nun aber fest, daß in Fällen der ersten Art die **actio** sogleich **nata** ist im Augenblick des abgeschlossenen Kontrakts, vgl. z. B. §. 2. J. de V. O. („*confestim* **peti potest**"), so sollte bei der juristischen völligen Gleichheit dies auch in den Fällen der zweiten Art billig nicht bezweifelt werden, und dafür sprechen denn auch überdies sehr bestimmte Quellen-Zeugnisse, s. unten bei II. 3. u. 4. — Auch der zweite der oben angeführten Gründe, daß man nämlich in Fällen der zweiten Art (Darlehns-Schulden u. dgl.) doch unmöglich von einer Versäumniß des Gläubigers reden könne, und darum der Anfang der Verjährung noch nicht Statt finde, scheint mir nicht zutreffend zu sein. Denkt man freilich an eine Verschuldung des Gläubigers, so ist diese allerdings nicht vorhanden, aber davon läßt sich doch auch eben so wenig bei demjenigen Gläubiger reden, welcher eine Stipulations-Schuld u. dgl. nicht alsbald eintreibt; faßt man aber die Versäumniß objektiv als Nichtausübung eines vollständig zuständigen Rechtsanspruchs auf, so ist diese offenbar bei einer Darlehns-Schuld nicht weniger, wie bei einer Stipulations-Schuld alsbald nach Abschluß des Kontrakts begründet. Ueberhaupt aber hat die Versäumniß des Gläubigers in der Verjährungs-Lehre nicht die Bedeutung, daß eine solche gleich von Anfang an vorhanden sein müsse, daß sie also die **conditio sine qua non** für den Anfang der Ver-

jährung sei, sondern nur die, daß in der Nichtanstellung einer zuständigen Klage während langer Zeit sich eine solche Gleichgiltigkeit des Berechtigten manifestire, daß das Gesetz nach Ablauf dieser Zeit ohne alle Härte ihm sein Recht absprechen dürfe; und dieser Gesichtspunkt paßt offenbar nicht weniger für den Darlehns-, wie für den Stipulations-Gäubiger, denn wenn auch den erstren während der nächsten Wochen oder Monate nach hingegebenen Darlehn kein Vorwurf deßhalb treffen kann, weil er die Darlehnsschuld nicht eintreibt, so wird man doch gewiß nicht dasselbe sagen können, wenn er volle dreißig Jahre lang sich um diese seine Forderung nicht bekümmert! — Schließlich mag noch gegen die hier bekämpfte Ansicht angeführt werden, daß dieselbe in konsequenter Durchführung zu Resultaten gelangt, die nicht nur dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung über Klagen-Verjährung entschieden widersprechen, sondern auch praktisch ganz unausführbar erscheinen. Offenbar muß nämlich in Folge jener Theorie der Schuldner, welcher der **condictio mutui** die Einrede der Verjährung entgegensetzen will, den Anfangspunkt derselben beweisen, also daß und wann das Darlehn vom Gläubiger zurückgefordert worden sei, denn die Meinung Puchta's in seinen Vorles. Bd. I. S. 188, daß die Beweislast dem Gläubiger obliege, weil zu vermuthen sei, daß die Verjährung sofort beginne, steht mit seinen Grundsätzen über Verjährung der **cond. mutui**, der **a. depositi** u. dgl. in offensichtlichem innern Widerspruche. Daraus würde aber mit Nothwendigkeit folgen, daß, wenn keine Kündigung erfolgte, oder doch der Schuldner das Dasein derselben nicht beweisen könnte, die **condictio mutui** noch nach hundert oder zweihundert Jahren gegen die Erben oder Erbeserben des ursprünglichen Schuldners angestellt werden könnte, ohne daß einer solchen Klage die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden könnte!

3) Wenn der an sich begründeten Klage eine **exceptio** ***temporalis*** entgegengesetzt werden kann, so hemmt dies den Lauf der Verj. nicht, es müßte denn die Hinwegräumung dieser Einrede ganz außer der Macht des Gläubigers sein, denn in dem letztren Falle ist es dem Effekte nach offenbar so, als wenn die **actio** noch nicht **nata** wäre. So fängt also z. B. die Klagen-Verj. ungeachtet einer etwaigen Retentions- oder Exkussions-Einrede doch zu laufen an, während eine **exc. pacti de non petendo temporalis** allerdings die Verj. hemmt. — Auch dies Dasein einer **exceptio** ***perpetua*** steht an sich dem Anfang und dem Fortlauf der Klagen-Verj. nicht entgegen, aber es leuchtet von selbst ein, daß hieraus keine irgend erhebliche praktische Folge hervorgehen kann.

II. Hält man die hier entwickelten Grundsätze fest, so läßt

sich der Anfang der Klagen-Verj. bei den meisten einzelnen Rechtsverhältnissen sehr einfach bestimmen. Doch mögen zur Erläuterung und Vervollständigung des Gesagten einige Fälle noch besonders hervorgehoben werden:

1) Eine dingliche Klage kann natürlich nicht sogleich mit Entstehung des dinglichen Rechts, sondern immer erst mit wirklich erfolgter Rechtsverletzung zu verjähren anfangen, denn ohnedies ist ja gar kein möglicher Beklagter, und folglich auch nicht die rechtliche Möglichkeit einer Klage vorhanden. So kann also z. B. die Verj. einer **rei vindicatio** erst dann beginnen, wenn sich ein Dritter in einem unsrem Eigenthumsrechte widerstreitenden Besitze befindet, und unsrem Pachter, Kommodatar u. dgl. gegenüber kann demnach von einer Verjährung der Vindikation erst dann die Rede sein, wenn dieselben in eignem Namen zu besitzen anfangen vgl. **l. 2. l. 7 fin. C. de praescr. 30 annor. (7, 30).** So kann die Verjährung einer **actio negatoria** erst dann anfangen, wenn sich Jemand wirklich an unsrer Sache eine Servitut anmaaßt u. dgl. m.

2) Beim Verkauf fängt die Verj. mit dem Augenblicke des abgeschlossenen Vertrags an, und es ist gewiß irrig, wenn z. B. Thibaut Syst. §. 1020 (9. Ausg. §. 206) lehrt, daß die Verj. nicht eher beginnen könne, als bis der Kläger das ihm Obliegende geleistet habe. Es beruht dies auf der irrigen Ansicht, daß die s. g. **exc. nondum adimpleti contractus** eine negative Litiskontestation sei, während sie doch sicher nichts Anderes als eine **exc. retentionis** ist, vgl. unten §. 607. Anm. Natürlich gilt dasselbe auch von andren zweiseitigen Verträgen, namentlich von denen, welche die Römer zu den Innominat-Kontrakten zählten. Vgl. auch Kierulff S. 197. Not., Savigny S. 289 fgg., Sintenis S. 292 fgg. Not. 24 (welcher jedoch nur im Resultat, und nicht in den Gründen übereinstimmt).

3) Daß die *condictio mutui* regelmäßig sogleich vom Augenblicke des abgeschlossenen Kontrakts an zu verjähren anfängt, ist vorher (bei **I. 2.**) aus innern Gründen gegen die abweichende Meinung der meisten Neueren nachgewiesen. Mit diesem Resultat stimmt aber auch ein klares Gesetz überein, nämlich **l. 94. §. 1. de solut. (46, 3):**

Papin. „**Sin autem communes numos credam aut solvam,** *confestim pro parte mea nascetur et actio* **et liberatio**".

Die Beweiskraft dieser Stelle wird jedoch von Savigny S. 293 fgg. geleugnet, weil hier nach dem ganzen Zusammenhange das *confestim* nicht den Gegensatz zur Kündigung, sondern vielmehr nur den Gegensatz zur **consumtio numorum** bilden solle; während nämlich in dem vorher von Papinian betrachteten Falle, wenn blos

fremdes Geld gegeben sei, ein mutuum erst dann entstehe, wenn das Geld konsumirt sei, so solle in diesem Falle, wenn gemeinsames Geld gezahlt sei, ein Mutuum zum entsprechenden Theile sogleich, also ohne daß eine Konsumtion des Geldes erforderlich sei, begründet sein. An der Richtigkeit dieser Auslegung läßt sich in der That gar nicht zweifeln, aber die Beweiskraft der Stelle ist dadurch nicht aufgehoben, denn gerade der Umstand, daß Papinian den Gedanken „es sei hier sogleich ein Mutuum vorhanden" so ausdrückt „es sei hier sogleich die *condictio mutui* begründet" beweist denn doch bestimmt genug, daß er sogleich mit dem Dasein des Mutuum auch die Klage aus demselben als begründet annimmt; vgl. auch Lenz a. a. O. S. 240 fgg., meine angef. Abh. S. 310. — Natürlich gilt aber diese Regel nur dann, wenn über die Zeit der Rückgabe nichts besonders bedungen ist. Ist nämlich das Darlehn für eine bestimmte Zeit hingegeben, so versteht es sich von selbst, daß vor Ablauf dieser Zeit von der Verj. keine Rede sein kann, daß aber die Verj. auch sogleich mit dem Ablaufe derselben beginnt. Ist aber ausgemacht worden, daß die Rückgabe nach Kündigung geschehen solle, so kommt dies in der Regel so vor, daß auch noch eine bestimmte Frist festgesetzt ist, innerhalb welcher nach geschehener Kündigung die Rückzahlung erfolgen solle („drei Monate nach Aufkündigung"), und hier kann gewiß die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt, und die bedungene Frist abgelaufen ist, indem ja vorher die Klaganstellung rechtlich unzulässig ist. Hiermit sind denn auch die meisten Neueren einverstanden, vgl. z. B. Thon a. a. O. S. 3 fgg., Kierulff S. 195. Not., Savigny S. 295 fgg., Sintenis S. 294. Not. 28, Lenz S. 252 fgg, und die abweichende Meinung Mancher, z. B. Unterholzner's Verj. §. 260, daß die Verj. vielmehr sofort von dem Momente anfange, wo die Aufkündigung möglich war, jedoch natürlich mit Hinzurechnung der bedungenen Frist, stützt sich, abgesehen von manchen Nebengründen (vgl. dagegen bes. Thon a. a. O.), hauptsächlich nur auf den oben bei I. 1 widerlegten Grundsatz. Hat sich aber der Gläubiger die Rückgabe des Darlehns schlechthin „nach Kündigung" ausbedungen, ohne Beifügung einer weiteren Frist, so muß gewiß, wenn nicht etwa eine bestimmte Form der Kündigung festgesetzt ist, die Verjährung alsbald anfangen, denn „si decem, *quum petiero*, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio", l. 48. de V. O. (45, 1), vgl. auch Thon S. 33 fgg., S. 54 fgg. Daß alle diejenigen a. M. sind, welche überhaupt die Verj. der cond. mutui erst mit erfolgter

Kündigung beginnen lassen, wie Kierulff, Savigny u. s. w., versteht sich von selbst. Wenn aber z. B. auch Lenz S. 257 fgg., der im Uebrigen der richtigeren Ansicht folgt, in diesem Falle die Nativität der Klage erst nach erfolgter Kündigung annimmt, so beruht dies auf der irrigen Voraussetzung, daß der Gläubiger durch eine solche Klausel eine Schranke seines Rechts zu setzen beabsichtige (Lenz spricht von einem **pactum de non petendo, nisi admonitio praecesserit**), während vielmehr umgekehrt nach der Natur der Sache und nach den Gesetzen, vgl. **l. 48. cit.**, darin eine Einschärfung der Verbindlichkeit des Schuldners liegt, indem damit der Gläubiger seinen Willen ausspricht, daß die Zahlung sogleich, wie er sie fordern werde, und ohne allen Verzug erfolgen solle. — Diese Grundsätze über Verj. der **condictio mutui** müssen aber bei dem verzinslichen Darlehn eine Modifikation erleiden, denn es versteht sich von selbst, daß von einer Verj. keine Rede sein kann, so lange der Schuldner wirklich Zinsen bezahlt, und dieselbe beginnt also begreiflich erst nach der letzten geschehenen Zinszahlung, und zwar von dem Zeitpunkt an, an welchem eine abermalige Zinszahlung hätte erfolgen sollen, **l. 8. §. 4. C. de praescr. XXX. annor.** (7, 39):

> ***Justinian.*** **„Exceptionem etiam XXX. vel. XL. annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus,** ***ex quo debitor usuras minime persolvit***“;

vgl. Savigny S. 305 fgg.

4) Auch die ***actio depositi*** muß in Gemäßheit der oben entwickelten Prinzipien (bei **I. 2.**) sogleich mit der Perfektion des Vertrags zu verjähren anfangen, und auch hierfür kann ein deutlich redendes Gesetz angeführt werden, nämlich **l. 1. §. 22. depos.** (16, 3):

> ***Ulp.*** **„Est autem et apud Julianum libr. XIII. Dig. scriptum, eum, qui rem deposuit,** ***statim posse depositi agere***“.

Freilich glaubt Savigny S. 299, daß diese Stelle, wenn man nur die folgenden Worte noch hinzufüge:

> **„hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit,** ***quod reposcenti rem non reddat***“,

vielmehr gegen unsre Ansicht spreche, indem ja darin bestimmt genug die Nativität der **actio depositi** abhängig gemacht sei von dem vorgängigen ***reposcere***, und ***statim*** im Anfang der Stelle also offenbar nur die Bedeutung haben könne, daß sogleich nach geschehener Rückforderung, also nicht erst dann, wenn noch ein anderweiter **dolus** des Depositar hinzugekommen sei, die

Klage angestellt werden könne. Diese Auslegung ist aber gewiß irrig. Verbindet man nämlich mit den abgedruckten Worten die beiden vorhergehenden §§en 20 und 21, und lies't den §. 22 bis an's Ende (*„condemnationis* tempore"). so scheint es unzeifelhaft, daß das *reposcere* nicht von einer der Anstellung der Klage vorhergehenden Rückforderung, sondern eben nur von der *actio depositi* selbst verstanden werden muß, und der Sinn also einfach der ist „die a. depositi kann sogleich, nachdem die Uebergabe geschehen ist, angestellt werden, und wenn hierauf der Beklagte die deponirte Sache nicht zurückgibt, so liegt schon darin allein ein dolus, der die condemnatio des Beklagten zur Folge haben muß"; vgl. auch Lenz a. a. O. S. 241 fgg., meine angef. Abh. S. 306 fgg. Daß gegen dieses Resultat auch die l. 13. §. 1. depos. (16, 3) nicht angeführt werden kann, sondern daß vielmehr umgekehrt auch diese Stelle vermöge des argumentum a contrario gar sehr unsre Ansicht unterstützt, leuchtet von selbst ein, indem hier nicht von der actio depositi, sondern in offensichtlichen Gegensatz zu dieser Klage, von einer davon ganz verschiedenen condictio die Rede ist; meine Abh. S. 309 fgg.

5) Anders verhält es sich dagegen mit der *actio pignoraticia in personam directa.* Diese ist nämlich nicht eher begründet, als bis die Pfandschuld getilgt ist, l. 9. §. 3. de pignor. act. (13, 7):

> *Ulp.* „Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio"

vgl. l. 9. §. 5. eod., und vorher kann also auch natürlich von einem Anfange der Verj. keine Rede sein. Obwohl dies schon seit der Glossatoren-Zeit bestritten ist, so hat sich doch von jeher die Mehrzahl der Juristen für die richtige Meinung ausgesprochen, vgl. z. B. Glück XIV. S. 170 fgg. und die dort in Not. 50 zahlreich Angeff., Thon S. 16. Not., Kierulff S. 193. Not., Savigny S. 299 fgg. u. A. m., und in der That beruht auch die abweichende Meinung, wornach die Verj. vielmehr sogleich mit der Uebergabe des Pfands beginnen soll, vgl. z. B. die bei Glück a. a. O. Not. 49. Angeff. und unter den Neueren Unterholzner Verj. §. 264, wesentlich nur auf dem oben bei I. 1. widerlegten irrigen Grundsatz. Die Mittelmeinung, welche früher Sintenis Pfandr. S. 610 fgg. vertheidigte, daß die Verjährung der Pfandklage dann beginne, wenn die Hauptschuld zahlbar sei, und darnach also die Verj. der Schuldklage und der Pfandklage zu gleicher Zeit anfinge, beruht auf gar keinem haltbaren Grunde, und ist jetzt mit größtem Rechte von ihrem Urheber aufgegeben worden, vgl. Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 295 fgg. Not. 29.

6) Was das Kommodat anbelangt, so kommt dasselbe in

der Regel so vor, daß eine Sache zu einem bestimmten, vertragsmäßig festgesetzten Gebrauche hingegeben wird, und dann kann natürlich erst, nachdem dieser Gebrauch vollständig gemacht ist, die actio commodati angestellt werden, vgl. auch l. 17. §. 3. commodati (13, 6):

Paul. „— — *intempestive* usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque".

Ist aber keine solche besondre Bestimmung getroffen worden, was allerdings auch möglich ist (vgl. §. 691. Anm. a. E.), so muß hier gewiß gerade so, und aus denselben Gründen, wie bei dem Mutuum, gesagt werden, daß die actio commodati sogleich mit der Perfektion des Kontrakts zu verjähren anfängt.

7) Auch das *interdictum de precario* fängt nach der richtigeren, obwohl sehr bestrittenen Ansicht sogleich mit der Uebergabe der Sache zu verjähren an, vgl. darüber unten §. 691. Anm. bei III. 2, und ohne Zweifel ganz dasselbe muß auch von der, im neuern römischen Rechte auf Rückgabe eines Prekarium zugelassenen *actio praescriptis verbis*, vgl. die zit. Anm. bei III. 3. angenommen werden.

8) Wann die Klage aus einem *pactum de retrovendendo* zu verjähren anfange, ist sehr bestritten, vgl. Glück XVI. S. 206 fgg., Unterholzner Verj. §. 265. Das Richtigste ist doch gewiß, sogleich mit der Uebergabe der Sache an den Käufer — wenn Manche, z. B. auch Unterholzner a. a. O. Statt dessen schon den Abschluß des Vertrags nennen, so ist dies sicher irrig, vgl. Glück S. 213, Thon S. 3 fgg. Not. — die Verjährung beginnen zu lassen, denn im Grunde ist doch jener Nebenvertrag nur ein gewöhnliches Kaufgeschäft, dessen Realisirung der Willkür des Käufers überlassen ist. Daß alle Diejenigen, welche eine Rechtsverletzung für eine Voraussetzung der Nativität erklären, a. M. sind, und die Verj. erst dann anfangen lassen, wenn der Verkäufer den Wiederkauf begehrt hat, braucht wohl kaum besonders bemerkt zu werden, vgl. z. B. Kierulff S. 194. Not., Savigny S. 304 fgg., Sintenis S. 294 fgg. u. A. m.

β) Ablauf der gesetzlichen Zeit. §. 148.

Anm. 1. Ein Verzeichniß der Klagen, die von der regelmäßigen 30jährigen Verjährungszeit abweichen, s. man bei (Göschen) Grundriß S. 67 fgg., Vorles. I. §. 150.

Anm. 2. In Betreff der Extinktiv-Verjährung privilegirte Personen sind folgende:

1) Die Unmündigen. Obschon Theodos in l. 3. C. de praescr. 30 annor. (s. §. 146.) bestimmt verordnet, daß Klagen während der Unmündigkeit des Klägers gar nicht verjähren sollten, so hat man doch wegen l. 4. eod. häufig behauptet, bei Unmündigen müsse wenigstens die 40jährige Verjährung eintreten, weil es dort heiße, eine Klage solle in keinem Fall länger, als 40 Jahre dauern. Dies ist aber gewiß irrig, denn schon den Worten dieses Gesetzes nach kann dasselbe nicht auf schon gesetzlich entschiedene Fälle, sondern nur auf solche bezogen werden, bei denen dem Richter ein Zweifel übrig bleiben sollte. Dazu kommt aber noch, daß das Theodosische Gesetz über Unmündige noch in zwei späteren Verordnungen als durchaus praktisch erwähnt wird, nämlich in l. 7. C. eod. und in Nov. 22. c. 24. Auf alles dieses hat vorzugsweise Fritz aufmerksam gemacht in v. Löhr's Magaz. IV. S. 284 fgg.; vgl. auch Pfeiffer prakt. Ausf. I. No. 3, und VII. No. 3, und seitdem ist die richtige Meinung auch allgemein angenommen worden, z. B. auch von Wening §. 39, welcher in den frühern Ausgaben der entgegengesetzten Ansicht folgte, vgl. auch Thibaut im ziv. Arch. IX. Nr. 23.

2) Die Minderjährigen, die nach Justinian's Verordnung in l. ult. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41) insofern privilegirt sind, daß actiones *temporales* während der Minderjährigkeit gar nicht, actiones *perpetuae* aber ganz ungehindert verjähren. Vgl. auch Haimberger im ziv. Arch. XXI. S. 229 fgg.

3) Die Kirchen. Sofern nämlich die Klagen derselben der Regel nach in 10 oder 20 oder in 30 Jahren verjähren würden, sollen sie nach Justinian's Verordnungen in Nov. 111. und Nov. 131. c. 6, erst nach 40 Jahren verloren gehen; für die in geringerer Zeit, als in 10 Jahren, verjährenden Klagen findet aber keine Ausnahme Statt. Durch das Kanon. Recht (nicht aber schon wie in der Auth. quas actiones C. de S. S. eccles. (1, 2) behauptet zu sein scheint, durch das römische) ist noch insbesondere für die Kathedralkirche in Rom bestimmt worden, daß deren Klagen nur einer 100jährigen Verj. unterworfen sein sollten, C. 13. 14. 17. X. de praescr. (2, 26), c. 2. eod. in 6to. (2, 13). Unterholzner I. §. 40 fgg., Savigny S. 354 fgg.

4) Sehr allgemein pflegt man auch dem Fiskus (und folgeweise auch dem Regenten und der Regentin l. 6. §. 1, de jure fisci) das Vorrecht einzuräumen, daß seine Klagen erst in 40 Jahren verjähren, indem man nämlich hierher das Anastasische

Gesetz über zweifelhafte Fälle in l. 4. C. de praescr. 30 annor. zieht. In der That läßt sich aber eine solche 40jährige Verjährung nur für die Klagen des Fiskus in Bezug auf fundi patrimoniales rechtfertigen, l. ult. C. de fund. patrimon. (11, 61); und gerade diese einzelne gesetzliche Entscheidung, in der durchaus kein Bezug auf die allgemeine l. 4. C. *de praescr.* 30 *annor.* genommen ist, kann so wenig ein Stützpunkt für die herrschende Lehre sein, daß sie derselben vielmehr sehr entscheidend entgegen tritt; vgl. auch l. 6. C. de fundis rei priv. (11, 65). Steuerforderungen sind jedoch für unverjährbar erklärt, l. 6. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39), und fiskalische Strafklagen verjähren schon in zwanzig Jahren, l. 13. pr. de div. temp. praescr. (44, 3), l. 2. §. 1, l. 3, l. 4. de requirendis (48, 17), l. 1. §. 3. de jure fisci (49, 14). Vgl. auch Savigny S. 359 fgg.

5) Wenn man endlich auch nicht selten den Städten die Befugniß zuspricht, daß ihre Klagen erst in 40 Jahren erlöschen sollen, so hat man in neuerer Zeit sehr allgemein die Unhaltbarkeit dieser Meinung eingesehen. Allerdings verordnet Justinian in l. 23. C. de S. S. eccles (1, 2), Klagen der Kirchen und der Städte sollten 100 Jahre lang angestellt werden können. In der Nov. 111. erklärt aber der Kaiser die 100jährige Verj. für durchaus unzweckmäßig, und giebt den Kirchen eine vierzigjährige, wobei er noch die Klausel hinzufügt, daß circa alias personas et causas die 30jährige Verj. eintreten soll, denn die 10 weitern Jahre seien blos zu Gunsten der religiosi loci hinzugefügt. Nun ist doch gewiß soviel klar, daß von einer 40jährigen Verj. der Städte unmöglich die Rede sein kann, und höchstens könnte die Meinung entstehen, daß für die Städte noch immer die 100jährige Verj. fortdauere, da sie in der Nov. 111. für diese nicht ausdrücklich aufgehoben sei, eine Meinung, die wirklich von Manchen, z. B. selbst von Donell comm. jur. civ. V. 31. §. 9. vertheidigt wird, vgl. auch *Cujac.* obss. V. 5. Man muß sich aber auch hiergegen erklären, und bei den Städten ganz die regelmäßige Verj. von 30 Jahren zulassen, weil jene angeführte Klausel offenbar auch die Städte trifft, und insbesondere wird dies noch durch den Tadel bestätigt, den Justinian allgemein über die 100jährige Verj. ausspricht; vgl. auch Unterholzner I. §. 45; Braun Erörter. S. 885 fgg.; Fritz Erläuter. I. S. 94 fgg.; (Göschen) Grundriß S. 72, Vorles. I. §. 151 a. E., Kierulff S. 205 Not., Savigny S. 359, Puchta §. 91 Not. dd., Pfeiffer im civ. Arch. XXVIII. 6.

γ) Bona fides. §. 149.

Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verj. Erl. 1820. §. 19 fgg. S. 111 fgg., Unterholzner Verj. I. §. 92, Savigny S. 326 fgg., *Hildenbrand* de bona fide rei propriae debitori ad temp. praescript. haud necessaria. Monach. 1843.

1) *Alexander III.* cap. 5. X. de praescript. (2, 26): Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se aliena noverit possidere, cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator (i. e. Theodos II. in l. 3. C. de praescr. XXX. annor.; cf. *Püttmann* de legislatore Ephesino in dem lib. singul. Probabil. jur. civil. Lips. 1768. pag. 153 sqq.) solum propter vitandam miserorum segniciem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebns cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem.

2) *Innocent. III.* cap. 20. eod.: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

δ) Keine Unterbrechung der Verjährung. §. 150.

Savigny S. 312 fgg. — Ueber die Unterbrechung der Verj. durch Einleitung des Prozesses vgl. noch insbesondre außer Savigny S. 316 fgg., Sintenis Erläutr. S. 150 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 299 fgg., Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverj. Leipz. 1843, Wächter Erörtr. H. III. S. 89 fgg.

1) L. 3. C. de praescr. XXX. annor. verb.: nec sufficiat precibus oblatis rel. (s. Text §. 146).

2) *Justinian.* l. 2. C. de annali except. Ital. contr.: Ut

perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia, vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia: sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor intentionem suam proponere, et non ei licentia sit, absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate eas res usurpare: licentia ei detur, adire praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere, et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo praesidem adire, saltem ad locorum episcopum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit vel praeses vel episcopus vel defensor civitatis, liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione; et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit.

c) Wirkungen der Klagen-Verjährung. §. 151.

Anm. Man muß hierbei zwischen dinglichen und persönlichen Klagen unterscheiden. Was:

1) die ersten anbelangt, so ist es ausgemacht, daß mit der Klage nicht auch das zu Grunde liegende Recht verloren geht, l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. annor. und nur bei der Pfandklage verhält sich dies anders, denn wenn dieselbe gegen den Verpfänder verjährt ist, was seit der Verordnung Justins in l. 7. C. de praescr. 30. annor. allerdings vorkommen kann, so ist auch damit das Pfandrecht selbst erloschen, „nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur“, l. 27. pr. de noxal. act. (9, 4), ein Satz, welcher aus der, in der Lehre vom Pfandrecht näher zu entwickelnden Natur dieses Rechts als einer obligatio rei hervorgeht; vgl. unten §. 363. Anm.

2) Was aber die actiones in personam betrifft, so ist es h. z. T. noch sehr streitig, ob blos die Klage durch Verjährung verloren gehe, so daß also eine naturalis obligatio mit den die-

ser eigenthümlichen Wirkungen bestehen bleibe, oder ob mit der Klage auch das ganze Recht zusammenfalle. Die Vertheidiger der ersten Meinung (vgl. z. B. Weber nat. Verb. §. 92. und in den Beiträgen zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden S. 54. fgg.; Guyet im civ. Arch. XI. 5; Francke ziv. Abh. S. 73 fgg.; Unterholzner Verj. §. 258, Schuldverh. I. §. 247; Roßhirt in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 156 fgg., S. 390 fgg.; Puchta über die gerichtl. Klagen S. 96 fgg.; Mühlenbruch Komm. XXXV. S. 462. Not. 67. und Lehrb. §. 481, Göschen Vorlef. I. §. 154, Puchta Lehrb. §. 92, Vorlef. I. S. 192 fgg., S. 427 fgg., Savigny S. 366 fgg.) stützen sich im Wesentlichen auf folgende Gründe:

a) Für diese Ansicht spreche schon die Analogie der actiones in rem, denn da hier anerkannter Weise das Recht bestehen bleibe, so müsse dies gewiß auch bei den actiones in personam der Fall sein.

b) Ferner folge dies auch aus der bestimmten Regel des röm. Rechts, daß die Exzeptionen unverjährbar seien, l. 5. §. 6. de dol. mal. exc (44, 4). Es könne also, wenn auch die Klage verjährt sei, nicht auch die exceptio aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechte als verjährt betrachtet werden.

c) Eine fernere Regel des röm. Rechts sei, wenn eine exceptio gegen eine Klage in odium creditoris, nicht aber in favorem debitoris eingeführt sei, so bleibe immer eine naturalis obligatio bestehen, l. 19. 40. pr. vgl. mit l. 51. de cond. indeb. (12, 6), l. 9. §. 4. 5, l. 10. ad SC. Maced. (14, 6). Durch die Klagenverjährung solle nun aber die Nachlässigkeit des Gläubigers bestraft werden, wie dies in mehreren Gesetzen ganz bestimmt gesagt werde, l. 3. C. de praescr. 30. annor. verb.: rerum ne qua otioso vel. l. 2; l. 3. fin. C. de annali exc., und daraus gehe von selbst hervor, daß, wenn auch die verjährte Klage durch eine Einrede entkräftet werde, doch noch eine naturalis oblig. bestehen bleibe, was insbes. auch noch dadurch bestätigt werde, daß die Gesetze immer nur von einer submotio oder extinctio *actionis*, nicht aber von einem Erlöschen des Rechts durch Verjährung redeten, vgl. l. un. C. Th. de *actionibus* certo tempore finiendis (4, 14), l. 3. 4. 7. C. de praescr. 30. annor., Nov. Valent. tit. 27. c. 1. pr. §. 3—6.

d) Vorzüglich spreche auch noch für diese Ansicht die Bestimmung, daß, wenn auch die Forderungsklage durch Verjährung erloschen sei, das Pfandrecht für die Forderung nichts desto weniger fortdaure, l. 7. C. de praescr. 30. annor., l. 2. C. de luit.

pignor. (8, 31), was doch unmöglich sei, wenn wirklich das ganze Recht erlösche.

So scheinbar aber auch diese Gründe sein mögen, so muß man sich doch bei genauerer Ueberlegung für die entgegengesetzte Ansicht erklären, welche auch in neuerer Zeit immer mehr Anhänger gefunden hat, vgl. v. Löhr im ziv. Arch. X. S. 70 fgg.; Heimbach in Gießer Zeitschr. I. S. 436 fgg.; Vermehren ebendas. II. S. 319 fgg.; Büchel zivilrechtliche Erörtr. No. 1. Marb. 1832, 2. Aufl. 1847 (wo auch in mehreren Nachträgen S. 88 fgg. auf den gegenwärtigen Standpunkt dieser Streitfrage hingewiesen wird), Kierulff S. 210 fgg., Sintenis in Zu-Rhein's Jahrb. für Proz. I. S. 249 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 302 fgg., und die Lehrb. von Thibaut 8. Aufl. §. 1019, 9. Aufl. §. 205 (früher war Thibaut a. M., s. dessen Besitz und Verj. §. 39), Schweppe §. 173, Wening §. 43, Schilling II. §. 116. Es kommt hierbei vorzüglich auf folgende Punkte an:

1) Was zunächst die Analogie der **actiones in rem** anbelangt, so fällt dieselbe von selbst hinweg, wenn man die so ganz verschiedene Natur der diesen Klagen zu Grunde liegenden Rechte in's Auge faßt. Das Obligationen-Recht besteht ja im geraden Gegensatz zum dingl. Recht, seinem ganzen Wesen nach nur darin, daß man von einer dritten Person etwas fordern kann, während das dingliche Recht die von Handlungen Dritter ganz unabhängige totale oder partielle Herrschaft über Sachen giebt. So unnatürlich es also bei dem letztern wäre, wenn mit der dinglichen Klage das davon völlig verschiedene dingliche Recht selbst wegfiele, so natürlich ist dies gerade bei der **obligatio**, die ihrem Wesen nach mit der **actio** zusammen fällt, weshalb auch bekanntlich häufig in unsern Quellen **actio** für **obligatio** steht; vgl. z. B. **l. 3. pr. de bon. poss.** (37, 1), vgl. mit **l.** 49. und 91. **de V. S.**; **l. 8. §. 7—11., l. 24. §. 3. ad SC. Vellej.** (16, 3) u. s. w.

2) Hierdurch fällt denn auch von selbst das Argument hinweg, welches man aus den Ausdrücken der Quellen über Extinktiv-Verjährung entnimmt; denn die **submotio** oder **extinctio actionis** kann hiernach ohne Schwierigkeit die Erlöschung der **obligatio** bedeuten, und daß dies wirklich der Fall ist, geht insbesondere daraus hervor, daß an mehreren Stellen mit klaren Worten die Erlöschung des Rechts selbst als Wirkung der Extinktiv-Verj. angegeben wird; vgl. bes. **l. 4. C. de praescr.** 30 **annor. verb.: nullumque** *jus* — —, *quod* **praedictorum** 40 **annorum** *extinctum* **est jugi silentio**; vgl. auch **l.** 9 **eod.**

3) Diesem Resultat steht auch nicht die Bestimmung des röm. Rechts entgegen, wornach, wenn in **odium creditoris** eine Klage

hinwegfalle, eine **naturalis oblig.** übrig bleibe; denn es ist eine irrige Behauptung, daß die Klagenverj. zur Strafe des Kreditors eingeführt sei; und was sollte denn auch gestraft werden? Ist denn etwa die Nichtanstellung einer zuständigen Klage eine strafbare Handlung? Vielmehr ist der einzig wahre Grund der Klagenverj. der allgemeine aller Verjährung, daß nämlich ein endlicher Rechtsfriede möglich werde. Wenn darneben doch an manchen Stellen die **desidia** des Klägers erwähnt wird, so geschieht dies offenbar nicht, um damit den Grund der Klagenverj. anzugeben, sonder nur, um dieselbe zu rechtfertigen, damit sie nicht als etwas Hartes erscheinen möge. Wenn nun aber nicht in **odium creditoris**, sondern aus ganz andern Gründen gegen eine verjährte Klage eine **exceptio** opponirt werden kann, so muß nothwendig das Prinzip eintreten, daß eine **exc. perpetua** das gegenüberstehende Forderungsrecht ganz vernichte. — Wenn jetzt Savigny S. 375 fgg., um dieser Schwierigkeit zu entgehen, die ganze quellenmäßige Unterscheidung zwischen **exceptiones in odium creditorum** und **in favorem debitorum comparatae** verwirft, indem sie nur eine unüberlegte Abstraktion römischer Juristen aus zwei einzelnen Fällen sei, nämlich aus der **exc. SCti Macedon.** und **SCti Vellejani**, und wenn er dann Statt dessen eine andre Unterscheidung aufstellt zwischen Exzeptionen, welche aus dem **jus civile**, und solchen, welche aus dem **jus gentium** hervorgehen, vgl. auch Fein im ziv. Arch. **XXVI.** S. 384 fgg., Buchka, Einfl. des Proz. Bd. **I.** S. 320 fgg., so entbehrt diese neue Doktrin selbst des „quellenmäßigen Scheins" so sehr, daß sie nicht nur nirgends in den Quellen angeführt wird — denn die von Savigny nicht einmal genannte **l. 66. de R. J.** hat gewiß einen andren Sinn —, sondern vielmehr mit den Quellen in offnem Widerspruche steht, vgl. z. B. **Vat. fragm. §. 266,** und s. auch Büchel a. a. O. 2. Aufl. S. 109 fgg.

4) Wenn es nach dem Bisherigen noch einer besondern Deduktion für die hier vertheidigte Meinung bedürfte, so kann auch diese, wenigstens für die **actiones temporales** geliefert werden, was aber offenbar auch auf die **actiones perpetuae** angewendet werden muß, da sich das Institut von Theodos unmittelbar an die prätorischen **actiones temporales** anschließt. In Betreff der **actiones temporales** heißt es nun aber nicht blos in einer ganzen Reihe von Stellen: *obligatio* oder *causa* oder *res* **certo tempore finitur,** vgl. z. B. **l. 8. pr. de negot. gest. (3, 5), l. 1. §. 3. quando de peculio (15, 2), l. 1. §. 7. de contr. tut. act. (27, 4), l. 55. de legat. I., l. 6. de O. et A., l. 21. §. 2. de fidejussor. (46, 1), l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. (2, 41),** sondern wir finden auch noch außerdem, daß mit

Verjährung der Temporalklage sowohl die vorher eingegangene Bürgschaft wegfällt, als auch keine neue mehr eingegangen werden kann, l. 37. de fidejuss. (46, 1), l. 38. §. 4. de solut. (46, 3); ferner, daß kein constitutum mehr eingegangen werden kann, wenn die actio temporalis verjährt ist, l. 18. §. 1. de constit. pec. (13, 5), und daß eine condictio des nach verjährter Klage Gezahlten Platz greift, l. 25. §. 1. ratam rem haberi (46, 8); aus welchem Allem mit Evidenz hervorgeht, daß nach vollendeter Verjährung von einer übrigbleibenden naturalis obligatio keine Rede sein kann.

5) Wenn hiergegen noch die Rechtsregel angeführt wird, daß Exzeptionen unverjährbar seien, so ist dies gewiß irrelevant. Denn die exceptiones sind darum unverjährbar, weil, wie Paulus in l. 5. §. 6. de dol. mal. exc. (44, 4) sagt: is, cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur. Dies paßt aber offenbar nicht für den Fall, wenn dem Berechtigten zugleich eine Klage zustand, denn hier stand es ja allerdings in seiner Macht, sein Recht auszuüben, und dieser Grund ist auch ganz entscheidend gegen ein andres Argument, welches mehrfach, z. B. auch von Savigny S. 350 gegen unsre Ansicht vorgebracht ist, daß es nämlich anerkannter Weise für eine obligatio naturalis keine Extintiv-Verjährung gebe, und es doch ganz grundlos und unnatürlich sei, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren habe, in eine nachtheiligere Lage zu versetzen, als denjenigen, welcher niemals eine Klage hatte!

6) Schwierigkeit machen aber allerdings die Bestimmungen unserer Gesetze über die Verjährung der Pfandklage. Theodos verordnete nämlich in l. 3. C. de praescr. 30 annor., dieselbe solle gegen den Verpfänder durchaus unverjährbar sein, während Justin. in l. 7. eod. zwar eine Verjährung, aber nur eine 40jährige anerkannte. Wenn nun also die Schuldklage in 30 Jahren verjährt, die Pfandklage also noch 10 Jahre darüber hinaus fortdauern soll: so scheint dies nicht wohl anders erklärt werden zu können, als daß trotz der Verjährung der Schuldklage doch noch eine natural. oblig. bestehen bleibe, weil mit dem Untergang des ganzen Rechts auch nothwendig das accessorische Pfandrecht und also auch die Pfandklage untergehen müßte; und hiermit wird denn auch in Verbindung gebracht das berühmte Reskript von Gordian in l. 2. C. de luit. pign.: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. Man hat diese Stellen auf sehr verschiedene Weise zu erklären gesucht. Was namentlich die l. 7. cit. anbelangt, so will v. Löhr a. a. O. dieselbe nur von dem Fall verstehen, wo zwar die actio hypothecaria,

nicht aber die **actio personalis** zu verjähren angefangen habe, und Heimbach a. a. O. meint, man müsse hierbei an einen Fall denken, wo für eine **naturalis obligatio**, die natürlich unverjährbar sei, ein Pfand bestellt sei. Beide Erklärungen sind aber offenbar gegen die allgemeinen Worte der **l. 7. cit.**, und eben so wenig läßt sich Löhr's Interpretation der **l. 2. cit.** rechtfertigen; denn wenn derselbe so übersetzt: ein Pfand könne auch bestehen, obgleich die Forderung selbst keine Klage hervorbringe, so daß also hier nur der Satz ausgesprochen wäre, ein Pfand könne auch für eine **naturalis obligatio** bestellt werden, so deuten ja die Worte *durare* und *submoto* auf das Fortbestehen des Pfandrechts nach hinweggefallener Klage. — In der That läßt sich bei unbefangener Betrachtung dieser Gesetze nicht in Abrede stellen, daß die Pfandklage noch fortdauern kann, obwohl die **actio personalis** verjährt ist, aber dies erklärt sich auch, wenn man nur den, freilich sehr oft übersehenen, in der Lehre vom Pfandrecht auszuführenden Satz in's Auge faßt, daß die Pfandklage nur dann erlösche, wenn die Forderung durch Zahlung getilgt, oder der Gläubiger auf andere Art zufrieden gestellt ist, oder es doch mit dem Willen des Gläubigers nicht zu seiner Befriedigung kam; vgl. **l. 13. §. 4. de pignorib. (20, 1), l. 59. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 38 §. 5. de solut. (46, 3)** vgl. unten §. 392. Anm. Da nun bei Erlöschung der Forderung durch Extinktiv-Verjährung keine dieser Voraussetzungen eintritt, so muß allerdings die Pfandklage bestehen bleiben, und man muß dann mit Paulus im **l. 59. cit.** für einen solchen Fall sagen: *remanet propter pignus obligatio naturalis*. Es dauert also nicht das Pfandrecht fort, weil trotz der Klagen-Verj. noch eine **naturalis oblig.** übrig bleibt, sondern umgekehrt, wegen der eigenthümlichen Grundsätze über die Erlöschung der Pfandklage muß, wenn diese fortdauert, auch noch die Fortdauer einer **naturalis oblig.** angenommen werden, während, wenn kein Pfandrecht bestellt worden wäre, allerdings das ganze Recht untergegangen sein würde, vgl. bes. Büchel a. a. O. S. 40 fgg.

Anhang. Von der s. g. Verjährung der Litispendenz.

§. 152.

Linde in der Gießer Zeitschr. II. S. 153 fgg., Savigny Syst. V. S. 322 fgg., Buchka Einfluß des Proz. auf die mat. Rechtsverh. II. S. 55 fgg., Wächter Erörtr. H. III. S. 96 fgg. *Justinian.* l. 9. C. de praescript. 30. annor.: Saepe qui-

dam suos obnoxios in judicium vocantes et judicariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium vel suam imbecillitatem vel alios quoscunque casus, cum sortes humanae multae sint, quae nec dici nec numerari possunt, deinde jure suo lapsi esse videbantur, eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et hujusmodi exceptione opposita, suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem sine remedio antea lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quae ex triginta annis oritur, in hujusmodi casu opponi minime patimur. Sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus, cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei qui et postulationem deposuit et in judicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est. Sed licet ipse actor defecerit, tamen suae posteritati hujus causae cursum eum relinquere posse definimus, ut ejus heredibus vel successoribus liceat eam adimplere, nullo modo triginta annorum exceptione sublatam. Quod tempus, i. e. quadraginta annorum spatium, ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. — Cf. l. un. §. 1. C. de annali except.: — — exceptis omnibus actionibus, licet personales sint, quae in judicium deductae sunt et cognitionalia acceperunt certamina et postea silentio traditae sunt, in quibus non triginta, sed quadraginta annos esse expectandos, ex quo novissimum litigatores tacuerunt, lex nostra antea promulgavit.

Anm. 1. Während früher der Kläger gegen alle Verj. auf immer gesichert war, wenn einmal lis kontestirt war, so beschränkte Theodos d. J. diese ewige Dauer einer einmal angestellten Klage auf 30 Jahre, l. un. C. Th. de actionib. certo temp. fin. (4, 14) und Justinian erweiterte dies in l. 9. C. de praescr. 30 annor. auf vierzig Jahre. Man pflegt dies jetzt häufig die Verj. der Litispendenz zu nennen, und gegen deren heutige Anwendbarkeit kann kein, auch nur irgend haltbarer Grund angeführt werden, Linde S. 193 fgg. Was nun aber

1) die Dauer dieser Verj. anbelangt, so geht eine, besonders

von *Cujac.* **obss. XVIII. 29.** und dann öfter, vgl. Glück VI. S. 193. und die dort in Not. 92. Zitt., Unterholzner I. S. 445 fgg., vertheidigte Meinung dahin, daß man zwischen **actiones perpetuae** und **temporales** unterscheiden müsse; bei den erstern erfolge die Verj. der Litispendenz erst in 40, bei den andern aber schon in 30 Jahren. Es beruht aber diese Meinung wesentlich darauf, daß Justinian in **l. 9. cit.** blos von **actiones perpetuae** spreche. Wäre jedoch auch diese Voraussetzung gegründet, so dürfte man doch offenbar für **actiones temporales** keine dreißigjährige Verj. der Litispendenz annehmen, sondern man müßte die Statthaftigkeit einer solchen Verj. bei diesen Klagen ganz in Abrede stellen. In der That aber ist auch jene Annahme falsch, denn die 30 Jahre, deren Justinian in **l. 9. cit.** erwähnt, beziehen sich sicher nicht auf die **actiones perpetuae**, sondern eben nur auf die von Theodos eingeführte dreißigjährige Verj. der Litispendenz. Theodos unterscheidet aber in der **l. un. cit.** nicht zwischen **actiones perpetuae** und **temporales**, und eben so wenig kann also auch ein solcher Unterschied in der Justinianischen **l. 9. cit.** angenommen werden; vgl. auch Linde S. 163 fgg., Buchka S. 57 fgg.

2) Bei der Frage: in welchem Stadium des Prozesses die Verj. der Litispendenz ihren Anfang nehmen könne? gehen Viele davon aus, daß schon **lis** kontestirt gewesen sein müsse, Glück **cit.** S. 195, Puchta Lehrb. §. 96. Not. g, Buchka a. a. O. S. 60 fgg., während Andre schon die Mittheilung der Klage an den Verklagten für genügend halten, Linde S. 172 fgg., Savigny a. a. O., Wächter S. 97 fgg. Der Natur der Sache nach muß man wohl so sagen: wenn die Klage liegen geblieben ist, ehe noch einmal die Klagen-Verj. unterbrochen ist, so kann nie von einer Verj. der Litispendenz die Rede sein, sondern die ursprüngliche Klagen-Verj. läuft noch fort; die Verj. der Litispendenz aber findet dann stets Statt, wenn die Klage erst dann nicht weiter betrieben wurde, nachdem schon eine Unterbrechung der Klagen-Verj. eingetreten war. Hält man diesen gewiß richtigen Grundsatz fest, und tritt dann ferner der bei §. 150. entwickelten Ansicht bei, wornach die Verj. einer **actio perpetua** schon mit der Mittheilung der Klage an den Verklagten, die Verj. einer **actio temporalis** aber erst mit der Litis-Kontestation erfolgt: so ergibt sich für unsere Frage von selbst das Resultat, daß bei **actiones temporales** von einer Verj. der Litispendenz erst nach der Litis-Kontestation, bei **actiones perpetuae** aber schon nach Mittheilung der Klage an den Verklagten die Rede sein kann. — Wesentlich verschieden von der eben behandelten Frage ist aber die andre: von

welchem Momente an die Verj. der Litispend. zu laufen beginne? und die Antwort hierauf muß nach den klaren Bestimmungen Justinian's einfach so lauten, daß die vierzig Jahre von dem Augenblick an zu rechnen seien, in welchem die letzte richterliche oder Partheien-Handlung in der fraglichen Klagsache vorgekommen ist.

Anm. 2. Verschieden von der Klagen-Verj. sowohl, als der Verj. der Litispendenz ist die s. g. Prozeßverjährung; vgl. darüber bes. *Gai.* **IV. 104. 105.** und die Andeutungen in **l. 32. de judic. (5, 1), l. 18. §. 4. de dolo malo (4, 3), l. 2. de div. temp. praescr. (44, 3), l. 3. §. 1. quae in fraud. creditor. (42, 8), l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 8. §. 1. ratam rem haberi (46, 5)**; Francke ziv. Abh. S. 74 fgg.; Keller Lit. Kont. S. 131 fgg.; Linde a. a. O. S. 154 fgg.; Zimmern Rg. III. §. 128, Buchka a. a. O. Bd. I. S. 173 fgg. Diese alte Prozeßverj. mit dem Unterschied zwischen **judicia legitima** und **imperio continentia** mußte aber späterhin nothwendig hinwegfallen, und man konnte also nun in der Regel eine angefangene Klage ohne Gefahr liegen lassen, bis Verj. der Litisp. eintrat. Nur in einigen Fällen wurde durch besondere Verordnungen eine bestimmte Dauer der Prozesse vorgeschrieben, Linde a. a. O. S. 157 fgg., Zimmern a. a. O. S. 455, und Justinian erließ darneben eine allgemeine Verordnung in **l. 13. C. de judic. (3, 1)**, wornach regelmäßig kein Prozeß länger als drei Jahre dauern darf, vgl. Buchka a. a. O. Bd. II. S. 52 fgg. Bei uns ist aber, wie allgemein anerkannt wird, dieses ganze Institut der Prozeßverj. völlig außer Anwendung.

---

3) Durch Konkurrenz mehrerer Klagen. §. 153.

Anm. 1. *Donelli* **comm. jur. civ. lib. XXI. c. 3**; *Averani* **interpret. lib. III. c. 14. 15**; *a Vianen* **de concursu action. in** *Oelrichs* **thes. nov. dissert. vol. I., pag. 259 sqq.**; *de Savigny* **de concursu delictor. formali. Marb. 1800. pag. 19 sqq.** (auch in Desselb. vermischten Schriften Bd. IV. S. 90 fgg.); Thibaut ziv. Abh. No. 9; Zimmern Noxalklagen S. 238 fgg.; Keller Lit. Kont. §. 49 fgg., bes. §. 55; *Krug* **selecta de cond. furt. capita. Lips. 1830. cap. III.**; Schneider die allgemein subs. Klagen S. 168 fgg., Brackenhöft Identität S. 281 fgg., Savigny Syst. V. S. 204 fgg. Vgl. auch Puchta gerichtl. Klagen §. 29. §. 36 fgg., Göschen Vorles. I. §. 156 fgg. Ueber einen einzelnen, aber wichtigen Punkt s. unten §. 572. Anm.

Anm. 2. Hier müssen auch noch besonders die Klagen hervorgehoben werden, denen der Charakter einer allgemeinen Subsidiarität anklebt; vgl. darüber das schon öfter genannte Werk von Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechts. Rost. 1834. Wenn auch von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln (**extraordinaria cognitio, in integrum restitutio, actio doli mali, actio quod metus causa, querela inofficiosi testamenti** und **inofficiosae donationis** und **actio funeraria**), und den dabei vorkommenden Gründen der Subsidiarität, worüber im Allgemeinen Schneider S. 94 fgg. zu vergleichen ist, an den betreffenden Orten näher geredet werden muß, so dürfen doch einige allgemeine Bemerkungen hier nicht übergangen werden. Wenn nämlich eine Klage zu den allgemein subsidiären gehört, so wird dieselbe in der Regel durch jedes Rechtsmittel ausgeschlossen, wodurch der Berechtigte denselben Zweck, wie durch die subs. Klage, erreichen kann. Dahin aber gehören nicht blos Klagen (unter denen selbst die Interdikta, **l. 4. §. 4. de dolo malo (4, 3)**, die Pönal-, **l. 7. §. 1. eod.**, und Popularklagen, **l. 7. §. 2. eod.**, die subsidiären Klagen ausschließen, Schneider S. 113 fgg., S. 148 fgg.), sondern jedes andre Rechtsmittel, vermittelst dessen der volle Zweck realisirt werden kann, wie namentlich eine **exceptio perpetua, l. 40. de dolo malo**, vgl. **l. 1. §. 3. de eo per quem factum erit (2, 20)**. Daß das anderweite Rechtsmittel gerade gegen denselben Verpflichteten zustehe, wie die subs. Klage, ist nicht erforderlich, **l. 1. §. 8, l. 2, l. 3, l. 4. de dol. malo, l. 14. §. 15. de relig. et sumpt. fun. (11, 7)**, wohl aber muß dasselbe nicht blos dem Rechte nach zustehen, sondern auch materiell wirksam sein, so daß eine konkurrirende **actio** *inanis* die subs. Klage nicht ausschließt, **l. 5. 6. de dol. mal., l. 13. §. 1, l. 14. de minorib. (4, 4), l. 3. §. 1. de eo per quem fact. erit**, es müßte denn die Klage durch eigne Schuld des Berechtigten **inanis** geworden sein, **l. 1. §. 6. 7. de dol. mal.**; vgl. jedoch auch **l. 14. §. 12. de relig.** und Schneider S. 191 fgg. Aber selbst auch, wenn durch die konkurrirende Klage nur weniger erlangt werden kann, als durch die subs., kann die letztere unbedenklich angestellt werden, und dem steht auch nicht die **l. 7. §. 6. de dol. mal.** entgegen, aus welcher Stelle vielmehr nur gefolgert werden kann, daß dann, wenn in einem solchen Falle die andre konkurrirende Klage wirklich durchgeführt ist, die subs. Klage ausgeschlossen wird, Schneider S. 185 fgg., S. 196 fgg. Ist die Zuständigkeit der konkurrirenden Klage noch zweifelhaft, so kann dies natürlich der Anstellung der subs. Klage nicht entgegenstehen, **l. 7. §. 3. de dol. mal.**,

Schneider S. 199 fgg. — Was das Verhältniß der subsidiären Klagen unter einander anbelangt, so haben wir darüber nur die Bestimmungen, daß die actio quod metus causa in einer elektiven Konkurrenz mit der in integrum restitutio und der actio doli steht, l. 9. §. 3. 4, l. 14. §. 13. quod met. c. (4, 2) und daß durch in integr. restitutio die actio doli und die querela inofficiosae donationis (also natürlich auch die querela inoff. testamenti) ausgeschlossen wird, l. 7. §. 1. de in integr. rest. (4, 1), l. 4. C. de inoff. donat. (3, 29), Schneider S. 207 fgg.

Abschnitt III.

Von den Exzeptionen.

Inst. IV. 13. de exceptionibus; Dig. XLIV. 1. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis; Cod. VIII. 36. de exceptionibus seu praescriptionibus. — *Gai.* IV. §. 115 sqq. — Heffter Institut. des Ziv. Proz. S. 94 fgg.; Zimmern Rg. III. §. 91 fgg.; Gesterding Ausbeute u. s. w. Bd. II. No. 5. und Bd. III. No. 4; Knappe Entwicklung des Begriffs der Exzeptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München 1835; Albrecht die Exzeptionen des gemeinen deutschen Zivilproz. geschichtlich entwickelt. München 1835; Savigny Syst. V. S. 160 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 32. Vgl. auch Brackenhöft in der Gießer Zeitschr. XVI. S. 149 fgg., Pfeiffer die prozessual. Natur der Einrede der Vorausklage. Tüb. 1846. Abschnitt I. S. 7 fgg., v. Helmolt Beitrag zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagableugnung und Einrede. Gieß. 1849.

I. Begriff von exceptio nach römischem und heutigem Rechte. §. 154.

Ulp. l. 2. pr. h. t.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. —

Vgl. Gai. IV. 119: Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur; nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur „*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat*“; item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio „*si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur*“, et denique in ceteris causis similiter concipi solet; ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

II. Verschiedene Arten der Einreden. §. 155.

1) *Gai.* l. 3. h. t.: Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae.* Perpetuae atque peremtoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est doli mali, et rei judicatae, et si quid contra leges Senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

2) *Paul.* l. 7. h. t.: Exceptiones, *quae personae cujusque cohaerent*, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori, sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. §. 1. *Rei autem cohaerentes exceptiones* etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori; intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam

fidejussori competit. Idem dicimus, et si pro filiofamilias contra SCtum quis fidejusserit, aut pro minore XXV. annis circumscripto — — —.

Anm. 1. Ueber *exceptiones in rem* und *in personam* s. m. Mühlenbruch Zess. der Forderungsr. §. 59. 60, Francke im civ. Arch. XVI. S. 417 fgg. bes. S. 426 fgg., Savigny S. 177 fgg. - Ueber *exceptio popularis* s. m. Vat. fr. §. 226. und *Buchholz* ad h. l. — Ueber *exceptiones juris* und *facti* vgl. Albrecht a. a. O. S. 116 fgg., S. 129 fgg., S. 170 fgg., S. 181 fgg.

Anm. 2. Wenn auch die *exceptio doli* ihrer ursprünglichen Bedeutung nach nur dann objicirt wird, wenn der Anspruch des Klägers selbst aus einem Betruge hervorgegangen ist (s. g. **exceptio doli specialis**), so wurde doch durch praktisches Bedürfniß dieser Begriff sehr beträchtlich erweitert. Man nahm nämlich eine **exc. doli** [die s. g. **exc. doli generalis**, **cf. l. 4. §. 33. de exc. dol. (44, 4)**], auch überall dann an, wenn dem Kläger ein Umstand oder ein Ereigniß bekannt war, wodurch die **condemnatio** zu einer **iniqua** wurde, und derselbe nun doch ungeachtet dieser Kenntniß die Klage anstellte und fortführte. So konnte also fast jede andre **exceptio**, wenn damit nur der Beweis verbunden wurde, daß dieselbe dem Kläger bekannt gewesen sei, als **exceptio doli** behandelt werden; vgl. bes. **l. 2. §. 5. de dol. exc.** („**Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose; nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat**“) und an einer sehr großen Menge von Einreden hat dies speziell nachgewiesen Hänel im civ. Arch. XII. S. 419 fgg. Die Konzeption dieser **exceptio** war sehr einfach. Während nämlich bei der **exc. doli specialis** die Formel so gefaßt wurde: **si in hac re nihil dolo malo actoris factum sit,** wurde bei der **generalis** noch hinzugefügt, **neque fiat,** vgl. *Gai.* IV. 119. — Es war aber das praktische Bedürfniß einer solchen Ausdehnung der **exc. doli** insbes. dadurch herbeigeführt, daß bei **bonae fidei judicia** die **exc. doli** auch ohne besondere Auktorisation von Seiten des Magistrats, also ohne daß sie in der **formula** besonders erwähnt war, von dem **judex** berücksichtigt werden durfte (**exc. doli inest judiciis bonae fidei**), **l. 21. sol. matr. (24, 3), l. 84. §. 5. de legat. I., l. 68. §. 1. de contr. emt. (18, 1), l. 3. de**

resc. vend. (18, 5) vgl. oben §. 139 Anm. Im spätern röm. Recht, so wie in unsrer heutigen Praxis steht dagegen freilich die ganze Annahme einer exc. doli generalis völlig müssig da. Vgl. auch noch Burchardi Wiedereinsetzung S. 291 fgg., Krug die Lehre von der Kompensation. Leipz. 1833. S. 44 fgg.

III. Rechtsgrundsätze über Exzeptionen. §. 156.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Reus in exceptione actor est.

2) *Marcell.* l. 9. eod.: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur.

3) *Paul.* l. 8. eod.: Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt.

4) *Idem* l. 5. §. 6. de dol. mal. exc. (44, 4): Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Anm. 1. Ueber den Grundsatz: *qui excipit, non fatetur* (T. 2.), und namentlich über die praktische Bedeutung desselben in unsrem heutigen Rechte nach J. R. A. §. 37. 38. herrschen sehr verschiedene Ansichten; vgl. bes. Gönner Handb. des Proz. Bd. II. Abh. 36; Linde Abh. Bd. I. No. 1; Werner im ziv. Arch. XI. No. 4; Sintenis in Gießer Zeitschr. VI. S. 447 fgg.

Anm. 2. Ueber die Verjährung der Einreden vgl. Sommer rechtswissenschaftliche Abhandl. I. S. 6 fgg., Unterholzner Verj. II. §. 156 fgg., Pfeiffer prakt. Ausführ. III. No. 3, Büchel zivilrechtl. Erörtr. 2. Aufl. I. S. 8 fgg. S. 90 fgg. S. 99 fgg. S. 118 fgg., Savigny Syst. V. S. 413 fgg., Pfeiffer prakt. Ausführ. VII. Nr. 9, Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 323 fgg.

IV. Replikationen, Duplikationen u. s. w. §. 157.

Inst. IV. 14. de replicationibus.

1) *Ulp.* l. 2. §. 1. de except. (44, 1): Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae

quidem eo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet. — 2) *Paul.* l. 22. §. 1 eod.: Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.

3) *Ulp.* l. 2. §. 3 eod.: Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus [quadruplicatio]: et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus, aut actor objicit.

Abschnitt IV.

Von den wichtigeren prozessualischen Handlungen.

I. Interrogationes in jure. §. 158.

Dig. XI. 1. de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus. — Glück XI. §. 745 fgg.; Bethmann-Hollweg, Versuche über den Ziv. Prozeß. Berlin 1827. S. 276 fgg., Zimmern Rg. III. §. 125; Brackenhöft im ziv. Arch. XX. S. 284 fgg. S. 392 fgg.; Deurer im ziv. Arch. XXV. S. 201 fgg.; Savigny Syst. VII. S. 20 fgg.

1) *Ulp.* l. 21 [22] h. t.: Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est.

2) *Callistrat.* l. 2. §. 1. h. t.: Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt; sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur.

II. Litis contestatio.

Cod. III. 9. de litis contestatione. — *Winckler* discrimen inter lit. contestationem jure veteri et hodierno. Lips. 1751 (in dessen opusc. min. I. p. 293 sqq.), Goldschmidt über Litiskontestation und Einreden. Frankf. 1812, Keller über Litis-

kontestation und Urtheil nach klassischem röm. Rechte. Zürich 1827, Sintenis von der Litiskontestation des neuern Rechts; in dessen Erläutr. über versch. Lehren des Zivilproz. Bd. I. Nr. 4, Buchka die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. 2 Theile. Rost. u. Schwer. 1846, Wächter zur Lehre von den Wirkungen des Proz. auf das materielle Recht; in dessen Erörtr. aus dem röm., deutsch. und würtemb. Privatr. Heft 3. Stuttg. 1846, Savigny Syst. Bd. VI. S. 1 fgg., Roßhirt zur Lehre von den Wirkungen des Proz. auf das materielle Recht. Heidelb. 1848. — Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. VI. S. 685 fgg.

1) Begriff von Lit. K. nach röm. und heutigem Recht. §. 159.

1) *Sever.* et *Antonin.* l. un. C. h. t.: Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. — Cf. *Justinian.* in l. 14. §. 1. C. de judic. (3, 1): „— — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam", und in l. 2. C. de jurejur. propt. calumn. (2, 59): „— — post narrationem et responsionem".

2) *Gregor. IX.* c. un. X. de lit. cont. (2, 5): Litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat.

Anm. Vgl. Keller a. a. O. Buch I, Heffter Institutionen des Zivilpr. S. 281. 294. 295. 322. 326; Zimmern Rg. III. §. 109. 118 fgg. 146; Bayer, Vorträge über den Ziv. Proz. S. 240 fgg.; Albrecht, Exzeptionen §. 29. S. 132 fgg., §. 34. S. 163 fgg.; Hollweg, Handbuch des Ziv. Proz. Bd. I. §. 23; Sintenis a. a. O. S. 93 fgg., Wächter S. 70 fgg., Buchka II. S. 88 fgg., Savigny S. 8 fgg., Roßhirt S. 3 fgg., S. 98 fgg., S. 132 fgg., S. 152 fgg. — Ueber die Form der

Lit. K. im ältern röm. Rechte, namentlich zur Zeit der legis actiones haben besonders gehandelt Mayer die Lit. K. geschichtlich dargestellt, 1te Abth. Stuttg. 1830; Rudorff in der geschichtl. Ztschr. VII. S. 231 fgg.; *Danz* de lit. cont. quae fuit tempore legis actionum. Jen. 1831. (Vgl. *Fest* v. *Contestari* est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote.)

---

2) Wirkungen der Litis-Kontestation. §. 160.

Anm. Die bei Weitem wichtigste Wirkung der Lit. K. war die, daß dadurch die alte actio bald direkt bald indirekt (ipso jure oder ope exceptionis) konsumirt, und eine neue Obligatio begründet wurde, was man in Verbindung mit der gleichartigen Wirkung der res judicata sprüchwörtlich so auszudrücken pflegte: „ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere", *Gai.* III. 180. 181. IV. 106—108. Es enthielt also die Lit. K. eine wahre Novation; Vat. fr. §. 263. („inchoatis litibus actiones *novavit*"), l. 11. §. 1. de novat. (46, 2) („fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem"), l. 23. de solut. (46, 3), die man h. z. T. nicht unpassend auf Veranlassung von l. 29. de novat., *novatio necessaria* zu nennen pflegt. Eine völlige Identität der novat. necess. und volunt. tritt aber freilich nicht ein, indem die erstere ihrem ganzen Zweck nach den Zustand des Kreditors nicht verschlechtern darf, l. 86. de R. J. Namentlich also bleiben Accessorien der frühern Obligation, z. B. Privilegien, Pfandrechte bestehen (l. 29. de novat.: Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio movetur, si id specialiter actum est (cf. l. ult. C. de novat.); quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. Cf. l. 22. de tutel. et rationib. distrah.), und nur Bürgen wurden aus besondren Gründen durch Lit. K. mit dem Hauptschuldner liberirt, l. 28. C. de fidejussor., Keller S. 435 fgg. Eben so bleibt auch trotz der Novation noch immer

eine naturalis obligatio übrig, so daß giltig und unwiderruflich Zahlung geleistet, l. 60. pr. de cond. indeb. (12, 6), und die Forderung zur Kompensation gebracht werden kann, l. 8. de compensat. (16, 2), vgl. auch l. 50. §. 2. de pecul. (15, 1). Vgl. überhaupt Keller S. 82 fgg., Buchka I. S. 1 fgg. S. 162 fgg., Wächter S. 3 fgg. und über Literärgeschichte, *Ribbentropp* de necessaria, quam vocant novatione. Gött. 1822. — Die Gestalt, die diese Lehre im Justinianischen Recht erhalten hat, ist allerdings eigenthümlich. Jene negative Wirkung nämlich, die Konsumtion der früheren actio, muß als weggefallen angenommen werden; denn nicht nur, daß sie nirgends im Korpus juris erwähnt wird, und namentlich das Organ der indirekten Konsumtion, die exceptio rei in judicium deductae, in keiner Stelle desselben vorkommt, so wird dieses Wegfallen auch noch positiv theils durch l. 28. C. de fidejuss. bestätigt, wornach ein Bürge oder Korrealschuldner nicht mehr durch Lit. K. mit dem Haupt- oder andern Korrealschuldner liberirt werden soll, theils auch noch dadurch, daß im späteren Rechte sowohl wegen Kontumazia des Klägers, als auch im Falle dilatorischer Einreden eine, unsrer absolutio ab instantia ähnliche, Entbindung des Beklagten ab observatione judicii vorkommt, §. 33. J. de act. (4, 6), §. 10. J. de except. (4, 13), l. 73. §. 1. 2. de judic. (5, 1), l. 27. §. 1. de liber. causa (40, 12), l. 13. §. 2. 5. C. de judic. (3, 1), l. 1. 2. C. de plus petit. (3, 10), was begreiflich mit einer konsumirenden Wirkung der Lit. Kont. nicht wohl vereinbar ist. Nur ein schwacher Nachhall dieser Prozeßkonsumtion ist auch noch im späteren Rechte in dem Grundsatze erkennbar, daß der Kläger verpflichtet sei, in dem einmal begonnenen Prozesse auszuharren („quod in judicio permaneat usque ad terminum litis"), l. 13. §. 2. C. de judic. (3, 1), Nov. 53. c. 1, Nov. 112. c. 2; ein Grundsatz, welcher prozessualisch allerdings folgenreich ist — denn damit hängt nicht nur unmittelbar der bekannte Satz zusammen: „ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet", l. 30. de judic. (5, 1) vgl. l. 4. [rest.] C. de in jus. voc. (2, 2), l. 10. 12. [rest.] C. de judic. (3, 1), l. 4. C. de jurisd. (3, 13), l. 1. §. 3. C. de assert. toll. (7, 17), l. ult. §. 7—10. C. de re milit. (12, 36), sondern auch die Prinzipien über mutatio libelli und s. g. exceptio litis pendentis stehen damit in unverkennbarer Verbindung —, welcher aber auf das materielle Recht keinen wesentlichen Einfluß äußert, und darum hier nicht näher zu verfolgen ist; vgl. bes. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte. Gött. 1844 S. 16 fgg. 33 fgg. 282 fgg., Buchka a. a. O. Bd. II. S. 22 fgg. 81 fgg. —

Die positive Wirkung der Lit. K. dagegen, die Begründung einer andern Obligation, *Gai.* cit., vgl. l. 3. §. 11. de pecul. („**sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi**“), l. 22. de tut. et rat. distr., ist noch fortdauernd anzunehmen, und die wichtigsten der gleich anzuführenden einzelnen Wirkungen der Lit. K. erklären sich nur daraus. Manche Neuere reden daher von einer kumulativen Novation, die durch Lit. K. hervorgebracht werde, ein Ausdruck, der freilich völlig unrömisch ist.

Wenden wir uns nun zur Darstellung der einzelnen Wirkungen der Lit. Kont., so läßt sich darüber im Allgemeinen folgender sehr natürliche Gesichtspunkt aufstellen. Das Ideal der Rechtshülfe würde unleugbar das sein, daß, sobald die Partheien dem Richter ihre Streitsache vollständig dargestellt haben — und dies ist der Zeitpunkt der Litiskontestation — sogleich das rechtliche Erkenntniß folgen müßte. Bei der Mangelhaftigkeit aller menschlichen Verhältnisse ist es nun aber in den seltensten Fällen möglich, dies zu erreichen, und es verlauft regelmäßig, namentlich wegen Nothwendigkeit von Beweisführungen, eine beträchtliche Zeit, ehe das definitive Urtheil erfolgt. Der aus dieser — freilich nothwendigen, aber darum nicht weniger drückenden — Unvollkommenheit für den siegreichen Kläger erwachsende Nachtheil soll nun dadurch möglichst gemindert werden, daß durch das spätere Urtheil künstlich der Zustand herbeigeführt wird, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn sogleich im Augenblicke der Litiskontestation das Urtheil hätte erfolgen können, l. 40. pr. de H. P. (5, 3), l. 17. §. 1. l. 20. de R. V. (6, 1), l. 31. pr. de R. C. (12, 1), l. 2. 3. §. 1. l. 34. 35. 38. §. 7—15. de usur. (22, 1), l. 91. §. 7. de leg. I. l. 35. 75. de V. S., Buchka I. S. 222, Savigny VI. S. 3 fgg. S. 35 fgg. S. 53 fgg. Dieses ist die materielle Bedeutung der durch die Litiskontestation begründeten **obligatio „condemnari oportere“**, d. h. der Kläger hat ein Recht darauf, daß der Beklagte auf die durch die Litiskontestation gewonnene Basis hin verurtheilt werde, und zwar muß in Folge dieses Grundsatzes nicht blos der Umfang der Verurtheilung so bestimmt werden, daß der Kläger so viel erhält, wie er gehabt hätte, wenn er zur Zeit der Litiskontestation befriedigt worden wäre, sondern es muß auch in Folge dieses Prinzips die Verurtheilung gesichert werden, d. h. die Verurtheilung muß erfolgen, wenn auch die juristischen Bedingungen derselben während der Dauer des Rechtsstreits weggefallen sein sollten, vgl. Savigny S. 53 fgg. Da aber dieser Grundsatz, so verständig und sachgemäß er an sich ist, in seiner vollen Schärfe durchgeführt, doch auch zu Härten und Inkonvenienzen hinführen muß, so dürfen wir uns nicht wundern, wenn wir

mehrfache Modifikationen desselben im römischen Rechte finden. Im Einzelnen sind hier folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

I. Daß durch die Litiskont. die Extinktiv-Verjährung der actiones temporales unterbrochen, und folgeweise bei diesen Klagen auch die s. g. Verjährung der Litispendenz ihren Anfang nimmt, ist schon an andren Orten bemerkt worden, vgl. §. 150 und §. 152 Anm. 1, und eben so ist auch schon früher angedeutet worden, daß durch die Lit. Kont. der aktive und passive Uebergang sämmtlicher Klagen bewirkt wird, s. oben §. 145 Anm. geg. E. Daß diese beiden Wirkungen sich als konsequente Folgerungen aus dem oben angedeuteten leitenden Grundsatze herausstellen, leuchtet von selbst ein.

II. Auch die *praescriptio longi temporis* wird durch Lit. Kont. unterbrochen, **l. 2. C. ubi in rem actio** (3, 19), **l. 2. 10. C. de praescr. l. t.** (7, 33), während bei der **praescriptio longissimi temporis**, eben so wie bei der Extinktiv-Verjährung der **actiones perpetuae** die Unterbrechung schon mit dem ersten Dekrete eintritt. Die Usukapion wird nicht eigentlich unterbrochen, sondern dieselbe läuft auch noch nach der Lit. Kont. fort, aber freilich hilft dies dem Beklagten nichts, weil er nun, wenn der Kläger im Augenblicke der Lit. Kont. noch Eigenthümer war, doch zur Herausgabe der Sache verurtheilt wird, **l. 18. 20. 21. de R. V.** (6, 1), **l. 2. §. 21. pro emt.** (41, 4), **l. 2. pro herede** (41, 5); vgl. Keller a. a. O. S. 173 fgg., Wächter a. a. O. S. 99 fgg., Savigny S. 56. Wenn Manche diese gesetzliche Bestimmungen über Usukapion darum für unpraktisch halten, weil ja jedenfalls nach kanonischem Rechte die Verjährung durch **mala fides superveniens** wirklich unterbrochen werde, und diese **mala fides** mit der Lit. Kont. oder wohl gar schon mit dem ersten Dekrete eintrete, vgl. z. B. Sintenis Erl. S. 162, Zivilr. I. §. 52. Not. 12. S. 497 und die dort Genannten: so ist dieß gewiß irrig, weil weder durch die Lit. Kont. noch durch die Mittheilung der Klage eine wirkliche **mala fides**, wie sie das kanonische Recht offenbar verlangt, entsteht, vgl. auch Kierulff Theorie I. S. 277 Not., Wächter a. a. O. S. 105 Not., Savigny S. 57. Andre berufen sich, um die Unanwendbarkeit jener gesetzlichen Bestimmungen über Usukapion zu beweisen, auf die Justinianische **l. un. C. de usuc. transf.**, indem ja dadurch überhaupt die eigentliche **usucapio** aufgehoben und in eine **l. t. praescriptio** umgewandelt worden sei; aber die Unhaltbarkeit auch dieser Ansicht ist an einem andren Orte nachzuweisen, vgl. unten §. 316 Anm. Am Scheinbarsten ist noch die Berufung auf **l. 2. C. de annali exc.** (7, 40), vgl. Wächter S. 103; wenn man aber erwägt, daß dem praktischen Effekte nach doch auch bei der Usukapion allenfalls von einer

Unterbrechung der Verjährung geredet werden kann, so dürfte sich schwerlich aus der beiläufigen Aeußerung Justinian's in jenem Gesetze die Annahme einer Rechtsveränderung rechtfertigen lassen, vgl. auch Savigny S. 59 fgg. — Ganz so, wie auf die Usukapion wirkt auch die Lit. Kont. auf die erlöschende Verjährung der Servituten durch non usus., l. 8. §. 4. si serv. vindic. (8, 3), Keller S. 175.

III. Wichtig wird die Lit. Kont. auch bei der Frage, ob eine Klage begründet sei, oder nicht? vgl. auch Schmid im ziv. Arch. XXX. S. 204 fgg. Es sind hier folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Es kann vorkommen, daß der Grund der Klage zur Zeit der Lit. Kont. noch nicht vorhanden ist, aber im Laufe des Prozesses zur Entstehung kommt. Hier ist die Regel des römischen Rechts, daß der Kläger in diesem Prozesse abgewiesen werden muß, aber dadurch natürlich an der Anstellung einer neuen Klage nicht verhindert ist, l. 23. de judic. (5, 1):

> *Paul.* „Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est",

l. 35. eod., l. 7. §. 7. ad exhib. (10, 4), l. 11. §. 4. 5. de exc. rei judic. (44, 2). Wenn Viele für judicia bonae fidei das Gegentheil behaupten, und sich dafür auf l. 17. mandati (17, 1):

> *Paul.* „Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat"

berufen, vgl. z. B. Keller S. 185 fgg., Wächter S. 103, so ist dies nach der treffenden Bemerkung Savigny's S. 68 fgg. gewiß nicht zu billigen, denn die Mandatsklage ist schon vor der Eintreibung begründet, und durch die im Laufe des Prozesses geschehene Eintreibung wird also nur der Umfang der Kondemnation modifizirt. — Für dingliche Klagen hat aber das kanonische Recht eine wichtige Aenderung eingeführt, indem nämlich durch Innozenz IV. in cap. 3. de sent. et re judic. in 6to (2, 14) verordnet wurde, daß unterschieden werden müsse, ob der Kläger auch seinen Erwerbgrund in der Klage angeführt habe, oder nicht, und im letztren Falle es hinreichend sein soll, wenn der Vindikant nur im Augenblicke des Urtheils Eigenthümer sei. Wenn Wächter S. 122 fgg. noch weiter geht, und die Klage auch dann aufrecht erhalten will, wenn adjecta causa geklagt und dann post litem contestatam gerade der Erwerbgrund eingetreten ist, welcher in der Klage genannt ist: so kann dies aus den, allein in Betracht

kommenden Dezisiv=Worten jener Dekretale nicht gerechtfertigt werden, Savigny S. 71 fgg.

2) Es kann aber auch umgekehrt vorkommen, daß die Klage zur Zeit der Lit. Kont. vollkommen begründet, aber das klägerische Recht nachher hinweggefallen ist. Hätte man auch hier unbedingt den Zeitpunkt der Lit. Kont. entscheiden, und also stets Kondemnation eintreten lassen wollen, so würde man augenscheinlich zu Konsequenzen gekommen sein, die mit dem materiellen Rechte in schneidendem Widerspruche ständen. Man muß hier zwischen **actiones in personam** und **in rem** unterscheiden. Was zunächst die ersteren anbelangt, so ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, daß man im alten Rechte bei **judicia stricti juris** jenes starre Prinzip zur Anwendung brachte; aber später verkannte man nicht mehr den materiellen Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Obligation und der durch die Lit. Kont. begründeten Prozeßobligation, und es bildete sich daher die allgemeine, auch auf **judicia stricti juris** angewendete Regel, daß, wenn im Laufe des Prozesses ein Erlöschungsgrund für die ursprüngliche **obligatio** eintrete, auch die Prozeßobligation erlöschen, und also Abweisung des Klägers erfolgen müsse. Anwendungen hiervon finden sich z. B. in dem früher nur mit Distinktionen, später aber ganz allgemein angenommenen Satze **„omnia judicia absolutoria esse"**, **Gai. IV. 114**, **§. 2. J. de perp. et temp. act. (4, 12)**, in der Regel, daß, abgesehen von der **mora**, durch den kasuellen Untergang der **res debita** der Beklagte liberirt werde, so wie auch darin, daß bei der **actio ad exhibendum** der Kläger abgewiesen werden muß, wenn sein rechtliches Interesse an der Exhibition im Laufe des Prozesses wegfällt, **l. 7. §. 7. ad exhib. (10, 4)**. — Etwas anders verhält es sich bei **actiones in rem**, denn es ist einleuchtend, daß mit dem Erlöschen des dinglichen Rechts nicht auch ohne Weiteres die davon ganz verschiedene Prozeßobligation erlöschen kann, und hierbei muß also die andre Regel eintreten, daß nur solche Gründe die Abweisung des Klägers zur Folge haben können, welche gerade auch die durch die Lit. Kont. begründete Obligation affiziren. Hält man dieses fest, so erklärt es sich leicht, daß auf der einen Seite die während des Prozesses vollendete Usukapion, oder die während des Prozesses herbeigeführte Erlöschung einer Servitut durch **non usus**, oder die Aufhebung des Eigenthums durch die vom Beklagten kulpos bewirkte Vernichtung der Sache u. dgl. der Kondemnation ganz und gar nicht im Wege stehen, während auf der andren Seite der kasuelle Untergang des Objekts bei einem **bonae fidei possessor** allerdings eine Abweisung des Klägers zur Folge hat (**„impossibilium non est obligatio"**), und eben so auch der Satz

„omnia judicia esse absolutoria" auch auf dingliche Klagen unbedingte Anwendung findet.

3) Was nicht zur eigentlichen Begründung der Klage gehört, sondern nur eine faktische Voraussetzung der Kondemnation ausmacht, (was also namentlich auch zur Zeit der formulae nicht in der intentio erwähnt wurde), wird stets nach dem Augenblicke der Kondemnation beurtheilt, l. 30. pr. de pecul. (15, 1):

Ulp. „Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quum ageretur, si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri ajunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit. Quae sententia et a nobis probanda est".

Dahin gehört zum Beispiel der Besitz bei Real- und andren gegen den Besitzer gerichteten Klagen, l. 27, l. 42. de R. V. (6, 1), l. 4, l. 18. §. 1, l. 41. de H. P. (5, 3), l. 7. §. 4—6, l. 8, l. 11. §. 2. ad exhib. (10, 4), l. 30. pr. de pecul. (15, 1), l. 1. §. 21. depos. (16, 3). (Doch ist in diesen Stellen nur von dem Falle die Rede, wenn der Beklagte zur Zeit der Lit. Kont. noch nicht Besitzer war, es aber im Laufe des Prozesses wird; für den umgekehrten Fall, wenn er im Augenblick der Lit. Kont. den Besitz hat, denselben aber später verliert, läßt sich zwar im Allgemeinen auch der Zeitpunkt der Kondemnation als entscheidend annehmen, aber im Einzelnen gibt es doch manche besondre Gründe, wegen deren der Beklagte, ungeachtet des Besitzverlustes, verhaftet bleibt, wovon aber besser in der Lehre von der rei vindicatio zu reden ist, vgl. unten §. 333. Anm.). Aus demselben Grunde muß auch z. B. bei der actio de peculio die Frage, ob ein Pekulium vorhanden, und wie groß dasselbe sei, nach dem Augenblicke der Kondemnatio beurtheilt werden, l. 30. pr. de pecul., l. 7. §. 15. quib. ex caus. (42, 4), l. 5. §. 2. de lib. leg. (34, 3), l. 35. de fidej. (46, 1), und derselbe Zeitpunkt entscheidet auch in den Fällen, in denen der Beklagte nur in quantum facere potest kondemnirt werden darf, l. 15. pr., l. 53. sol. matr. (24, 3), l. 63. §. 6. pro soc. (17, 2). Vgl. Keller S. 190 fgg., Wächter S. 126 fgg., Savigny S. 73 fgg.

IV. Besonders einflußreich ist auch der Zeitpunkt der Litiskontestation, um den Umfang der Verurtheilung zu bestimmen. Was hier:

1) die dinglichen Klagen anbelangt, so bildet die Lit. Kont. für das Rechtsverhältniß des *bonae fidei possessor* insofern einen entscheidenden Wendepunkt, daß derselbe zwar nicht, wie öfter

behauptet wird, zu einem wirklichen **malae fidei possessor** wird, aber doch allerdings von nun an zu denselben Leistungen verurtheilt werden muß, wie ein **malae fidei possessor** für die Zeit vor der Lit. Kont.; er haftet also von jetzt an für **dolus** und **culpa**, und muß von jetzt an nicht blos die **fructus exstantes** restituiren, sondern auch für die **fructus consumti** und die **fructus percipiendi** Ersatz leisten. Aber auch für das Rechtsverhältniß des *malae fidei possessor* wird die Lit. Kont. dadurch höchst wichtig, daß derselbe von diesem Zeitpunkte an wie ein Morosus behandelt, und also namentlich nicht mehr blos für **dolus** und **culpa**, sondern auch für den **casus** einstehen, und nicht mehr blos die von ihm vernachläßigten Früchte, sondern außerdem auch alle diejenigen ersetzen muß, die der Kläger erlangt hätte, wenn er im Besitze der Sache gewesen wäre. Die genauere Begründung dieser theilweise sehr bestrittenen Sätze findet sich weiter unten in der Anm. zu §. 333, und es ist hier nur noch die freilich sehr verbreitete Meinung zu berühren, daß das neuere röm. Recht die vorher angedeuteten Wirkungen schon mit dem ersten Dekrete auf die Klage in Verbindung gebracht habe. Offenbar enthalten aber die hierfür angeführten **l. 20. §. 6. 11.** und **l. 25. §. 7. de H. P.** (5, 3) nur eine auf ganz singulären Gründen beruhende Eigenheit der **hered. petitio**, die auf die übrigen dinglichen Klagen unmöglich ausgedehnt werden kann, und auch von den Römern niemals ausgedehnt worden ist; vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 92 fgg. u. s. auch Puchta II. S. 70 fgg.

2) In Betreff der persönlichen Klagen wird sehr oft der Grundsatz aufgestellt, daß dabei der Beklagte durch die Lit. Kont. in eine Mora versetzt werde, und ihn also stets die nachtheiligen Folgen des Verzugs treffen müßten; ein Grundsatz, der besonders auf **l. 82. §. 1. de V. O.** (45, 1):

> *Ulp.* **„Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere"**

gestützt zu werden pflegt. Daß dieser Satz, so allgemein hingestellt, mit dem Wesen der **mora**, als eines verschuldeten Verzugs, im Widerspruch steht, leuchtet von selbst ein, denn gewiß kann doch demjenigen, welcher von der Begründetheit der klägerischen Ansprüche nicht überzeugt ist, deßhalb, weil er es zu einem Prozesse kommen läßt, keine Verschuldung vorgeworfen werden, und hiermit stimmen denn auch vielfache Quellen-Aussprüche überein, vgl. z. B. **l. 63. de R. J.**:

> *Julian.* **„Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere"**,

l. 3. pr., l. 21, l. 24. pr. de usur. (22, 1), so daß offenbar

auch die oben zitirte l. 82. nur von einer frivolen Prozeßführung verstanden werden darf; vgl. auch Kierulff Theorie I. S. 277 fgg., Wächter S. 119 fgg., Savigny S. 81 fgg. Hiernach gibt es also gar keinen Grund, ohne Weiteres mit der Lit. Kont. die Nachtheile der mora eintreten zu lassen, und nur soviel ist richtig, daß der wirklich obligirte Beklagte, welcher es zu einem Prozesse kommen läßt, sich meistens auch in mora befinden wird, und daß ihn also freilich regelmäßig nach der Lit. Kont. die Nachtheile der mora treffen werden; nur kann dies begreiflich nicht als Wirkung der Lit. Kont. angesehen werden. Aber auch abgesehen von dieser, nur zufällig oft mit der Lit. Kont. zusammentreffenden Mora bringt die erstre keine unbedeutenden Wirkungen hervor, und zwar sowohl in Betreff der von dem Beklagten zu leistenden Früchte und Zinsen, als auch in Betreff seiner Haftung für *dolus* und *culpa*. Was das Erstre anbelangt, so muß der Beklagte von jetzt an jedenfalls, wenn er auch vorher nicht zur Prästation der Früchte verpflichtet gewesen sein sollte, sämmtliche gezogenen und vernachläßigten Früchte herausgeben, **l. 2. de usur.** (22, 1):

> *Papinian.* **„Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur; cujus opinionis ratio redditur, quoniam, quale est, cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet"**,

l. 38. §. 7 eod. Ist der Streitgegenstand baares Geld, so muß der Beklagte, ohne Unterschied zwischen freien und strengen Klagen, landesübliche Zinsen, die s. g. Prozeßzinsen bezahlen. Hierfür kann zwar nicht die **l. 35. de usur.**:

> *Paul.* **libr. 57 ad Edict. „Lite contestata usurae currunt"**

angeführt werden, indem der Sinn derselben, namentlich wenn man sie mit der gleich inskribirten **l. 18. de novat.** (46, 2) in Verbindung setzt, gewiß nicht der ist, daß von der Lit. Kont. an stets Zinsen zu laufen anfangen, sondern da nur gesagt ist, daß durch Lit. Kont. der Zinsenlauf nicht unterbrochen werden soll, vgl. auch Madai Mora S. 369 fgg., Wächter a. a. O. S. 24. Not., Savigny S. 142 fgg. Wohl aber spricht für die allgemeine Verbindlichkeit zur Zahlung von Prozeßzinsen die **l. 34. de usur.**, wo Zinsen ganz den Früchten gleichgestellt werden,

> *Ulp.* **„Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari"**,

und hierher gehören auch die Entscheidungen unsrer Quellen über die dem **petitor hereditatis** zu leistenden Prozeßzinsen, **l. 20. §. 11, l. 51. §. 1. de H. P.** (5, 3), **l. 1. §. 1. C. eod.** (3, 31); vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 138 fgg. — Wie sich hiernach

durch die Lit. Kont. die Verbindlichkeit des Beklagten in Betreff der Früchte und Zinsen wesentlich erweitern kann, so ist dies auch noch insofern der Fall, daß von da an jeder Beklagte unbedingt für *omnis culpa* einstehen muß, sollte er vorher etwa auch nur wegen **culpa lata** oder **omissio diligentiae in concreto** verhaftet gewesen sein. Wenn nach manchen Stellen der Beklagte **post litem contestatam** sogar für den Zufall einstehen soll, **l. 12. §. 3. depositi (16, 3):**

> *Pompon.* „**Quemadmodum, quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit**“,

vgl. **l. 14. §. 1 eod., l. 8. de re judic. (42, 1), l. 5. de confessis (42, 2):** so kann dies doch so allgemein gewiß nicht angenommen werden. Erwägt man nämlich die augenscheinliche Härte eines solchen Satzes, und die offenbare Ungleichheit, die unter dieser Voraussetzung zwischen dem Rechtsverhältniß eines **bonae fidei possessor** im Falle einer dinglichen Klage, und eines nicht frivol prozessirenden Beklagten im Falle einer **actio in personam** Statt finden würde: so kann man nicht umhin, jene Gesetze auf solche Fälle zu beschränken, in denen der Beklagte durch die Lit. Kont. zugleich in eine wahre **mora** versetzt wird, vgl. auch Buchka I. S. 218 fgg., Savigny S. 171 fgg., und auch die Ansicht Buchka's S. 183 fgg., daß wenigstens bei **actiones** ***stricti juris*** der Beklagte **post lit. cont.** ohne Weiteres für den Zufall einstehen müsse, ist m. E. unhaltbar, da in der **l. 12. §. 3. depos.** offenbar die **actio depositi** und die **actio ex stipulatu** und **ex testamento** sich ganz gleichgestellt werden.

3) Was die Schätzungs-Zeit anbelangt, so gilt dann, wenn nicht besondre Gründe, wie namentlich Festsetzung eines bestimmten Zahlungs-Termins oder Mora, die Annahme eines andren Zeitpunkts nöthig machen, die Regel, daß bei **actiones stricti juris** sich die **aestimatio** nach dem Zeitpunkte der Lit. Kont. richtet, während bei **judicia bonae fidei** der Augenblick des Urtheils entscheidet, **l. 3. §. 2. commod. (13, 6):**

> *Ulp.* „**In hac actione [commodati], sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti juris judiciis litis contestatae tempus spectetur**“,

l. 22. de R. C. (12, 1), l. 4. de cond. tritic. (13, 3), l. 11. de re judic. (42, 1), l. 59. de V. O. (45, 1), l. 28. de novat.

(46, 2). Mit diesen ganz klaren und bestimmten gesetzlichen Aussprüchen scheint freilich die l. 3. de cond. trit. (13, 3) in schneidendem Widerspruch zu stehen:

Ulp. „In hac actione [cond. tritic] si quaeratur, res quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis tempus spectandum*",

und es sind die verschiedenartigsten, zum Theil recht wunderlichen Vereinigungs-Versuche gemacht worden, vgl. darüber Glück XIII. S. 371 fgg. und die dort zahlreich Genannten, Gans Obligat. Recht S. 62 fgg., Liebe Stipul. S. 53 fgg., Buchka I. S. 179 fgg, Savigny S. 216 fgg., Büff im civ. Arch. XXXIII. Nr. 5 und Nr. 10. Keiner dieser Versuche ist wahrhaft befriedigend, und doch ist auch die Annahme einer Antinomie fast unmöglich, weil Ulpian doch nicht wohl mit sich selbst in Widerspruch gestanden haben kann. Will man nicht mit Huschke in Gieß. Zeitschr. XX. S. 267 statt condemnationis lesen *contestationis*, was freilich mit allen Handschriften und mit den Basiliken XXIV. 8. 9. in Widerspruch steht, so bleibt wohl nur der neuerlich von Savigny a. a. O. vorgeschlagene Ausweg übrig, unter condemnatio hier nicht die condemnatio a judice prolata, sondern — eben so, wie in l. 2. pr. de except. (44, 1) — die condemnatio *a praetore concepta* zu verstehen, wornach tempus condemnationis nichts anderes als tempus formulae editae, also gerade tempus litis contestatae sein würde. — Für unser praktisches Recht ist diese Streitfrage ohne Bedeutung, da h. z. T. nach allgemein angenommener Ansicht alle Klagen als freie behandelt, und also bei der Schätzung immer die Zeit des Urtheils zu Grunde gelegt werden muß.

V. Hierher gehört auch das Veräußerungs-Verbot der *res litigiosae*, vgl. Dig. XLIV. 6, Cod. VIII. 37. [36] de litigiosis, Mühlenbruch Zession §. 29. 31, Zimmern Rg. III. §. 124. §. 140 geg. E., *Schmid* de litigiosar. rer. alienat. ex jure antejust. Jen. 1840, Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 33. S. 332 fgg., Bachofen das Veräußerungsverbot der res litigiosa; in dessen ausgewählten Lehren des röm. Zivilr. Bonn 1848. S. 57 fgg., Brinkmann Darst. d. rechtl. Grundsätze über die Litigiosität Kiel 1849, *Friedenthal* de rer. litigiosarum alienatione ex jure Rom. Berol. 1849. Wenn auch der sehr mangelhafte Zustand unsrer Quellen viele Zweifel und Dunkelheiten übrig läßt, so dürfte es doch hauptsächlich auf folgende Punkte ankommen, die hier freilich nur angedeutet, nicht ausgeführt werden können.

1) Schon in den XII Tafeln war es bei Strafe des doppelten Ersatzes verboten, eine im Streit befangene Sache den Göttern zu

weihen, l. 3. de litig. Ob dieses Verbot gegen den Kläger oder gegen den Beklagten gerichtet war, ist aus der Darstellung des Gaius in l. 3 cit. nicht zu entnehmen; beachtet man den von Gaius angegebenen Grund („ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere"), so ist es das Wahrscheinlichste, daß diese Vorschrift in beiden Fällen Anwendung fand, mochte die dedicatio von dem Beklagten oder dem Kläger geschehen sein, vgl. auch *Friedenthal* l. c. p. 49 sqq.

2) Wenn ein judicium divisorium im Gang ist, so kann nach der Lit. Kont. keine der streitenden Partheien eine giltige Veräußerung vornehmen, l. 9 fin. reg. (10, 1), l. 13. 25. §. 6 fam. herc. (10, 2), l. 1. C. comm. div. (3, 37), l. 3. C. de comm. rer. alien. (4, 52). Wann und wodurch — ob durch Gesetz oder durch prätorisches Edikt — dieses Verbot eingeführt ist, läßt sich aus unsren Quellen nicht entnehmen.

3) Durch ein Augustisches Edikt wurde der Kauf einer res litigiosa in der Weise verboten, daß die emtio nichtig sein, und eine Geldstrafe an den Fiskus erlegt werden soll, fragm. de jure fisci §. 8. Ob hier der Fall verstanden ist, wenn der nichtbesitzende Kläger, oder der andre, wenn der besitzende Beklagte die im Streit befangene Sache verkauft hat, ob also die unleserliche Lücke in dem fragm. cit. auszufüllen ist mit: *a non possidente* oder vielmehr mit: *a possidente* ist sehr streitig. Verbindet man aber mit dem fragm. cit. noch Gai. IV. 117:

„item si fundum litigiosum sciens *a non possidente* emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summoveris",

und erwägt man die mehrfach ausgesprochene, ohnedies ganz unerklärliche Beschränkung dieses Verbots auf Grundstücke (Gai. cit., l. 27. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. §. 2. quae res pignori), und zwar auf Italische Grundstücke (fragm. de jure fisci cit.: „sed hoc in provincialibus fundis *prava* usurpatione obtinuit"): so scheint es mir kaum zweifelhaft, daß das Augustische Edikt nur die Veräußerung von Seiten des nichtbesitzenden Klägers verboten hat. Gerade nur Italische Grundstücke konnten nämlich auch von einem Nichtbesitzer giltig durch mancipatio veräußert werden, und wenn nun der Kläger während eines schwebenden Eigenthumsstreits eine solche mancipatio vornahm, so konnte dies die Inkonvenienz mit sich führen, daß jetzt der Beklagte gleichzeitig mehreren Vindikationen ausgesetzt war, und dagegen sollte er durch jenes Verbot geschützt werden, vgl. bes. Bachofen und *Friedenthal* a. d. aa. OO. (welcher Letztre p. 40 auch noch insbesondre auf den nicht unwahrscheinlichen Zusammenhang

des Augustischen Edikts mit der kurzen Prozeßverjährung der lex Julia aufmerksam macht). Freilich war durch das Edikt nur der Kauf, und nicht auch die mancipatio für nichtig erklärt, so daß doch die vindicatio des Käufers ipso jure noch begründet war, aber dieselbe wurde ganz im Geiste des Edikts durch eine justa *exceptio* elidirt, Gai. IV. 117, l. 1. §. 1 de litig., l. 1. §. 2. quae res pig. (20, 3). Immer aber setzte das Edikt voraus, daß der Käufer von der Litigiosität der Sache Kenntniß hat, Gai. cit., l. 2. de litig. — Durch die Doktrin wurde diese exceptio [litigiosi] konsequent auch auf den Fall angewendet, wenn der Kläger die von ihm vindizirte Sache verpfändete, und dann der Pfandgläubiger gegen den Possessor auftrat, und zwar wurde hier, da auch andre Sachen, als Italische Grundstücke von dem Nichtbesitzer verpfändet werden können, die exceptio selbst auch bei Mobilien angewendet, l. 1. §. 2. quae res pignori (20, 3):

> *Marcian.* „Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit. Quid ergo si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, *etiam in pignoribus locum habere exceptionem;* quod, ait Scaevola libr. III. variar. Quaest., procedere, *ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat*"

Bachofen S. 73 fgg., *Friedenthal* p. 38 sqq. Daß aber auch die exceptio litigiosi dann angewendet worden sei, wenn der Petitor Servituten an der von ihm vindizirten Sache bestellt habe, wie Bachofen S. 71 fgg. annimmt, ist mindestens zweifelhaft, vgl. l. 35. de R. V. (6, 1), *Friedenthal* p. 42. — Nach diesen Ausführungen bezogen sich die Vorschriften des klassischen Rechts über Litigiosität — mit Ausnahme der bei 1) und 2) angedeuteten Bestimmungen — nur auf den Fall, wenn der Kläger, der *non possidens*, eine Veräußerung vornahm, und die herrschende Lehre, wornach hier immer nur an den andren Fall gedacht wird, wenn die Veräußerung von dem besitzenden Beklagten ausgeht, findet in unsren Quellen keine Bestätigung. In der That bedurfte auch dieser zweite Fall keiner beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen, da daraus nach den Prinzipien des Pandektenrechts über condemnatio *pecuniaria* keine reellen Nachtheile für den Petitor erwachsen konnten; vgl. auch l. 18. de R. V. (16, 1), *Paul.* rec. sent. V. 2. §. 5, l. 1. C. de praescr. longi temp. (7, 33), aus welchen Stellen, ungeachtet der Ausführungen von *Schmid* p. 41 sqq., p. 54. p. 61, mit Sicherheit hervorgeht, daß die von dem besitzenden Beklagten vorgenommenen Veräußerungen, Verpfändun=

gen und Manumissionen nicht nach den Grundsätzen über Veräußerung einer res litigiosa beurtheilt wurden, vgl. auch *Friedenthal* p. 18 sqq. Daß die l. 2. C. de pet. hered. (3, 31) und l. 20. §. 16. de her. pet. (5, 3), auf welche *Schmid* p. 23. sqq., p. 28 sqq. noch Gewicht legt, nichts für seine irrige Ansicht beweisen, bedarf kaum einer besondren Ausführung, vgl. auch *Friedenthal* p. 21 sqq.

4) Diese Grundsätze des Pandektenrechts werden noch bestätigt durch eine Verordnung von Konstantin in l. 1. C. Th. de litig. (4, 5) [mit starken Interpolationen in l. 2. C. h. t.], wornach jede Veräußerung durch Verkauf, Schenkung oder andre Weise, für schlechthin nichtig erklärt wird, selbst wenn sie an personae conjunctae geschehen sei. Hierbei mit der herrschenden Lehre, die freilich schon in der Westgothischen interpretatio eine Stütze findet, und die auch wieder von *Schmid* p. 50 sqq., und selbst von *Friedenthal* p. 55 vertheidigt wird, an Veräußerungen von Seiten des besitzenden Beklagten zu denken, gibt es wohl kaum einen haltbaren Grund, und namentlich dagegen spricht die Art, wie diese Stelle in dem Justinianischen Kodex interpolirt ist („minime transferri *ab eodem actore* potest"). — Hieran reiht sich endlich auch eine Verordnung von Gratian, Valentinian und Theodos in l. 3. C. h. t., wornach dann, wenn ein Kläger eine *res* litigiosa, einerlei ob unbeweglich oder beweglich, oder eine im Streit befangene Forderung (dies ist doch gewiß dem Zusammenhang nach der Sinn des von den Kaisern gebrauchten Ausdrucks: *chirographum ambiguum*; a. M. ist Bachofen S. 70) durch irgend eine letztwillige Verfügung auf einen Andren überträgt, dies schlechthin keinen Einfluß auf den Prozeß äußern, sondern der Erbe des Klägers verpflichtet sein soll, den Rechtsstreit selbständig und auf seine Gefahr durchzuführen. (Die weitere Bestimmung dieses Gesetzes, daß der Honorirte stets den vollen Werth der hinterlassenen res oder actio litigiosa von dem Erben in Anspruch nehmen kann, ist durch Nov. 112. c. 1. geändert worden).

5) Wesentliche Neuerungen machte Justinian in l. 4. C. h. t. und in Nov. 112. c. 1. In dem erstren Gesetze verfügte er nämlich, daß, wenn der Kläger seine Klage oder der Beklagte die von ihm besessene Sache nach anhängig gemachtem Rechtsstreite an einen Dritten veräußern, diese Veräußerung stets ungiltig sein soll, einerlei ob der Erwerber von der Litigiosität Kunde habe oder nicht. Jetzt zuerst wird also der Fall, wenn der beklagte Besitzer eine Veräußerung vornimmt, durch ein besondres Gesetz verboten, und der Grund davon lag wohl ohne Zweifel darin, weil es jetzt, nachdem die Kondemnation und

die Exekution auf das vindizirte Objekt selbst, und nicht mehr blos auf **certa pecunia** gerichtet war, allerdings im wesentlichen Interesse des Klägers lag, daß die Sache nicht in dritte Hände kam, und so erklärt es sich denn auch, daß gerade dieser Fall, und nicht auch der andre, wenn der Kläger seine Klage veräußert, noch mit besondren Strafen von Justinian bedroht wird. Wenn nämlich der Erwerber von der Litigiosität Kunde hat, so soll er nicht nur die Sache wieder herausgeben — die aber nicht an den Fiskus kommt, wie Mühlenbruch S. 384 völlig willkürlich annimmt, sondern offenbar an den Veräußerer zurückfällt — sondern auch den Kaufpreis verlieren, indem der Verkäufer das empfangene Pretium und das **alterum tantum** desselben an den Fiskus entrichten muß; wenn aber dem Erwerber die Litigiosität unbekannt war, so soll er zwar auch die Sache wieder herausgeben, aber dafür auch das gezahlte Pretium wieder erhalten und dazu noch ⅓ desselben, so daß dann der Veräußerer an den Fiskus nur noch ⅔ zu bezahlen hat. Am Schlusse seines Gesetzes stellt Justinian einige Ausnahmen auf, indem er die Veräußerung einer **res** oder **actio litigiosa** dann zuläßt, wenn dieselbe zum Zweck der Bestellung einer **dos** oder **donatio propter nuptias**, oder bei Gelegenheit einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Erbtheilung, oder Kraft Legats oder Fideikommisses geschehen ist. — Diese Vorschriften der **l. 4. cit.** werden in der **Nov. 112. c. 1.** ausdrücklich bestätigt, und nur der Begriff einer ***res litigiosa*** wird dort näher so bestimmt:

> „**Ideoque sancimus, litigiosam dici et intelligi rem mobilem vel immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur aut per judiciariam conventionem, aut per preces principi oblatas et insinuatas judici, ac per eum adversario interpellatoris cognitas**“.

Außerdem wird noch der Fall, wenn eine **res litigiosa** Jemanden legirt wird, mit Aufhebung der **l. 3. C. h. t.**, dahin neu geordnet, daß der Legatar nur dann einen Anspruch auf das legirte Objekt machen kann, wenn der Erbe als Sieger aus dem Rechtsstreite hervorgeht, „**quoniam sciens testator, rem litigiosam esse, litis eventum legatorio dereliquit**“. —

6) Es fing aber die Litigiosität der Sache und der Forderung nach dem Rechte der Pandekten und des Kodex unzweifelhaft mit der Litis-Kontestation an, **l. 13. fam. hercisc. (10, 2), l. 1. §. 1. de litig., l. 1. fin. C. comm. div. (3, 37), l. 2. 4. C. de litig. (8, 37)**, und dies ist auch im Ganzen ungeändert geblieben, denn in der oft hiergegen angeführten **Nov. 112. c. 1.**

(s. die Worte bei Nr. 5) ist nur verordnet, daß eine mit der **rei vindicatio** in Anspruch genommene Sache schon nach dem ersten Dekret als **res litigiosa** der Veräußerung entzogen sein soll, eine Bestimmung, die auf andre Fälle gewiß nicht ausgedehnt werden darf.

7) Was die heutige Anwendbarkeit der hier dargestellten Grundsätze über Litigiosität anbelangt, so ist man zwar darüber einverstanden, daß von den für die Veräußerung angedrohten Strafen h. z. T. keine Rede mehr sein könne, aber sehr bestritten ist es, ob das Veräußerungs-Verbot selbst noch anwendbar, oder ob auch dieses durch Gerichtsgebrauch abrogirt sei. Mir scheint die letztre Behauptung bisher nirgends bewiesen zu sein, und ich muß daher die praktische Anwendbarkeit dieses Verbots gemeinrechtlich für völlig unzweifelhaft halten, vgl. auch Spangenberg im ziv. Arch. IX. 24, Mühlenbruch a. a. O. S. 388 fgg., Brinkmann a. a. O. S. 152 fgg; vgl. jedoch auch Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtemb. Zivilgerichte Band. I. S. 226 fgg.

VI. Schließlich sind hier noch als Wirkungen der Lit. Kont. zu berühren, daß der Nichtbesitzer, **qui liti sese obtulit**, nach der Lit. Kont. wie ein wirklicher Besitzer haftet (s. unten §. 332 Anm. 3 bei **I.**), daß durch Lit. Kont. der Prokurator ***dominus litis*** wird (worüber das Nähere in die Theorie des Ziv. Prozesses zu verweisen ist, vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 153 fgg., Mühlenbruch Zession 3. Aufl. S. 49 fgg., Zimmern Rg. **III.** §. 158—60, Liebe Stipulat. S. 78 fgg.), und endlich, daß die Lit. Kont. auf das Wahlrecht bei alternativen Rechtsverhältnissen nicht ohne bedeutenden Einfluß ist, vgl. unten §. 569 Anm. 1. bei Nr. 2, u. s. auch noch **l. 33. fin. de legat. I, l. 1. de penu leg. (33, 9), l. 9. de V. O. (45, 1), l. 57. §. 1. de solut. (46, 3).** —

Wir haben in dem Obigen die wesentlicheren Wirkungen kennen gelernt, welche auch noch das neueste römische Recht an den Zeitpunkt der Litiskontestation angeknüpft hat. Freilich hat in neuerer Zeit Asverus die Denunziation der Römer und ihr geschichtl. Zusammenhang mit dem ersten prozeßleit. Dekrete, Leipz. 1843. S. 183 fgg. den Versuch gemacht, zu beweisen, daß schon im späteren klassischen Rechte, schon zu den Zeiten von M. Aurel, die meisten und wichtigsten dieser Wirkungen mit dem Zeitpunkt der Denunziation, und in den späteren Kaiserzeiten mit dem Zeitpunkt der Konvention verbunden worden seien, unter welcher Voraussetzung dann die weitere Ansicht dieses Schriftstellers, daß in unsrem heutigen Rechte diese Wirkungen mit dem ersten, die Klage mittheilenden, richterlichen Dekrete eintreten müßten, durchaus konsequent sein würde; aber diese ganze Ausführung ist so gänzlich

halt= und bodenlos und in so entschiedenem Widerspruch mit den zahlreichen, in unsrer obigen Darstellung angeführten und benutzten Quellen=Zeugnissen, daß eine spezielle Widerlegung dieses mißrathenen Versuchs völlig überflüssig erscheint, vgl. auch Mommsen in Richter's krit. Jahrb. 1845 S. 883 fgg., Wächter a. a. O. S. 64 fgg. Darf nun also auch gewiß nicht in Abrede gestellt werden, daß diese Wirkungen noch im neuesten römischen Rechte mit der Lit. Kont. verbunden sind, so drängt sich uns doch die Frage auf, ob wir denn berechtigt sind, auch noch heute zu Tage bei verändertem Prozeß und namentlich verändertem Begriffe der Lit. Kont., diese Wirkungen mit unsrer jetzigen Lit. Kont. zu verbinden? Erwägt man, daß zwar allerdings der Begriff der Lit. Kont. sich verändert hat, aber dieselbe doch ungeachtet dieses veränderten Begriffs im Wesentlichen genau in denselben Zeitpunkt des Prozesses fällt, in welchen auch die römische Lit. Kont. fiel, und berücksichtigt man, daß auch im neuern römischen Rechte jene Wirkungen nicht sowohl mit dem Akte der Lit. Kont., als vielmehr mit dem Prozeßstadium, in welches jener Akt fiel, verbunden waren: so läßt sich nach meinem Dafürhalten eine solche Berechtigung gar nicht in Abrede stellen, und zwar um so weniger, als uns auch im römischen Rechte selbst ganz dieselbe Erscheinung entgegen tritt. Auch hier hat sich bei verändertem Verfahren mehrfach der Begriff der Lit. Kont. umgeändert, und dennoch nahm man nicht den mindesten Anstand, die wichtigen Wirkungen derselben auch mit dem neuen Begriffe zu verbinden, weil das Stadium des Prozesses wesentlich dasselbe blieb. Diese Ansicht ist denn auch von jeher die herrschende gewesen, und in der Theorie sowohl wie in der Praxis wurden unbedenklich jene römischen Wirkungen mit der deutschrechtlichen Lit. Kont. in Verbindung gebracht, nur etwa mit der Ausnahme, daß Viele die Versetzung des Beklagten in eine **mala fides** und die Verurtheilung desselben in die **omnis causa** schon mit dem ersten richterlichen Dekrete auf die Klage eintreten lassen wollten, eine Ausnahme, die jedoch nicht etwa auf den h. z. T. veränderten Prozeß und den veränderten Begriff der Lit. Kont. gegründet, sondern aus dem römischen Rechte selbst abgeleitet wurde, indem man irrig einige blos von der **hereditatis petitio** redenden Stellen auf die übrigen Klagen ausdehnte, vgl. oben IV. 1. a. E. Sind wir nun aber hiernach unzweifelhaft berechtigt, auch noch h. z. T. die oben entwickelten Wirkungen mit unsrer jetzigen Lit. Kont. in Verbindung zu bringen, so versteht sich doch die Modifikation ganz von selbst, daß diese Wirkungen auch dann eintreten müssen, wenn einmal ausnahmsweise die Erklärung des Beklagten auf die mitgetheilte Klage keine eigentliche Lit. Kont. in

unsrem heutigen Sinne des Worts enthält; denn, wie schon oben bemerkt wurde, diese Wirkungen sind ja nicht mit dem Akte der Lit. Kont., sondern vielmehr mit dem Prozeßstadium verbunden, in welches dieser Akt der Regel nach fällt; vgl. auch Wächter a. a O. S. 87. — Im Gegensatz zu der hier vertheidigten Meinung haben Manche die Behauptung aufgestellt, daß die sämmtlichen Wirkungen der Lit. Kont. h. z. T. schon mit der Insinuation des richterlichen Dekrets, wodurch die Klage dem Beklagten mitgetheilt werde, eintreten müßten, vgl. z. B. Kierulff Theorie I. S. 280 fgg., Sintenis Erläutr. über versch. Lehren des Zivilproz. Band. I. Nr. 4. S. 140 fgg., und Zivilr. I. §. 33, Savigny a. a. O. S. 237 fgg., ja Sintenis geht so weit, daß er mehrere bedeutende Wirkungen — Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben, und Unterbrechung der Klagenverjährung — schon mit der Klaganstellung in Verbindung bringen will. Als Gesetzes-Vorschlag würde man sich solche Behauptungen allenfalls gefallen lassen, obgleich selbst dann noch Manches dagegen einzuwenden wäre; als Doktrin des gemeinen Rechts müssen aber dieselben m. E. entschieden verworfen werden. Der römische Prozeß in den Zeiten Justinian's unterscheidet, ähnlich wie der unsrige, drei, der Zeit nach getrennte, prozeßeinleitende Akte, die Klaganstellung, die Mittheilung der Klage an den Beklagten und die Litiskontestation und da ist es denn doch wahrlich nicht eine Anwendung des römischen Rechts in seinem wahren Geiste, wie die Vertheidiger der hier bekämpften Theorie beschönigend sagen, sondern es ist eine wahre Korrektur dieses Rechts, wenn man Wirkungen, die darnach erst mit jenem dritten Stadium eintreten, jetzt schon mit einem der beiden frühern Stadien verknüpfen will. Zu einer solchen Korrektur kann ich weder ein dringendes Bedürfniß, noch auch, und zwar noch viel weniger, eine Berechtigung anerkennen. Die Aufgabe der Doktrin kann es vielmehr nur sein, ein Stadium in unsrem heutigen Prozesse anfzufinden, welches wirklich dem Zeitpunkte, in welchen die römische Lit. Kont. fiel, adäquat ist, und dieses ist entschieden unsre heutige Lit. Kont., mag auch dieser Begriff im Uebrigen noch so sehr von dem der röm. Lit. Kont. verschieden sein. Vgl. auch Wächter a. a. O. S. 70 fgg., Buchka II. S. 149 fgg. S. 160 fgg.

III. Beweis.

Im Allgemeinen. §. 161.

Dig. XXII. 3. de probationibus et praesumtionibus, Cod.

IV. 19. de probationibus. — Schneider vollständige Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerl. Rechtssachen, Gieß. 1803; Weber über die Verbindlichk. zur Beweisführung im Civilproz. Halle 1805. 2te Ausg. mit Anm. und Zus. von Heffter, Halle 1832; Gensler über die Begriffe, Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, im civ. Arch. I., No. 3. 21. und 24.

Insbesondere:

1) Vom Gegenstand des Beweises. §. 162.

2) Von der Beweislast. §. 163.

Anm. Ueber diese wichtige Lehre, deren Detail freilich dem Zivilprozeß angehört, vgl. Pfeiffer verm. Auff. S. 111 fgg.; Weber a. a. O. No. VI. (2te Aufl. S. 110 fgg.) in Verbindung mit dem Zusatz von Heffter S. 243—300, („Summarische Revision der Theorie der Beweislast, insbes. der Weberschen Lehre"); Borst über die Beweislast im Zivilproz. Bamb. 1816.; Bethmann-Hollweg Versuche, No. V.; Linde in der Gießer Zeitschr. I. S. 94 fgg. („von dem Beweis verneinender Sätze"). Vgl. auch Knappe Exzeptionen S. 98 fgg., Albrecht Exzeptionen S. 183 fgg., Schmid Handb. des Zivilproz. II. §. 123. — Ueber die sehr bestrittene Frage, wem der Beweis aufgelegt werden müsse, wenn behauptet werde, daß das Geschäft unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung abgeschlossen sei, vgl. noch insbesondre: Hasse im Rhein. Mus. III. S. 134 fgg., Gesterding Ausbeute v. Nachforsch. II. S. 139 fgg., vgl. mit S. 134 fgg. (s. auch civ. Arch. II. S. 222 fgg.), Brackenhöft im civ. Arch. XXII. S. 220 fgg., Erörtr. zu Linde S. 440 fgg., Kierulff Theorie S. 299 fgg. Not, Hänel in der Gieß. Zeitschr. n. F. I. 7, Gölting ebendas. III. 5, Pfeiffer die prozessual. Natur der Einrede der Vorausklage S. 61 fgg., Rechtssprüche und Gutachten d. Rostocker Juristen-Fakultät. Berl. 1846. S. 4 fgg.

---

3) Von den Beweismitteln.

Im Allgemeinen. §. 164.

Insbesondere:

a) Geständniß. §. 165.

Dig. XLII. 2.; Cod. VII. 59. de confessis. — Weber a. a. O. No. IV, Bethmann-Hollweg Versuche No. IV, Gesterding Ausbeute von Nachforsch. II. S. 91 fgg., Brackenhöft im ziv. Arch. XX. S. 248 fgg. S. 362 fgg., Schmid Handb. des Zivilproz. II. §. 131, Savigny Syst. VII. S. 6 fgg.

b) Präsumtionen. §. 166.

Dig. XXII. 3. de probationibus et *praesumtionibus*. — Weber a. a. O. No. V. und Heffter's Zus. S. 288 fgg.

c) Urkunden. §. 167.

Dig. XXII. 4.; Cod. IV. 21. de fide instrumentorum.

Anm. Hierher, in die Lehre von dem Urkunden-Beweis, gehört auch die *exc. non numeratae pecuniae* und *non numeratae dotis*, vgl. Inst. III. 21. de literar. obligat.; Cod. IV. 30. de non numerata pecunia; V. 15. de dote cauta non numerata. Unsrer Ueberzeugung nach besteht die ganze Singularität im Justinianischen Rechte nur darin, daß, wer ein Darlehn oder eine Dos zurückfordert, den ihm aufliegenden Beweis, im Falle der Verklagte den Empfang läugnet (und dieses Abläugnen ist die s. g. exc. non num. pec. s. dot., die aber sicher nur eine lit. contestatio negativa ist), bestimmte Zeit hindurch nicht vermittelst des von dem Verklagten ausgestellten Schuldscheins erbringen kann, sondern andre Beweismittel gebrauchen muß; daß aber umgekehrt nach Ablauf der Zeit der Schuldschein so viel beweist, daß sogar der Gegenbeweis des Nichtempfangs nicht mehr zugelassen wird. Doch ist viel Streit, vgl. *Menken* de vera indole literarum oblig. et exc. n. n. p. (in opusc. No. 13.); Meurer jurist. Abh. und Beobacht. Leipz. 1780. No. 2.; Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 126 fgg.; Glück XII. S. 99 fgg., *Maier* de vera exceptionis n. n. pec. indole. Wirceb. 1817; Hansen, bei welchen Rechtsgeschäften findet die exc. n. n. p. Statt? im ziv. Arch. IV. No. 9.; Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 386 fgg., Unterholzner über die exc. n. n. p.; im Arch. VII. No. 1.; Gropp über literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta

non numerata (in Heise und Cropp juristische Abh. I. No. 18.); Pfeiffer prakt. Ausführ. II. 2; Marezoll in d. Gieß. Zeitschr. III. 14; *Endemann* de chirographo et exc. n. n. pec. Marb. 1832, v. Buchholz jur. Abhandl. Nr. 10, Liebe Stipulat. S. 376 fgg., Osenbrüggen zur Interpretat. des corp. jur. civ. Cap. 2, Sintenis in Sell's Jahrb. I. 6, Heimbach in der Gieß. Zeitschr. XVI. S. 71 fgg., Gneist die formellen Verträge Absch. I. III. und IV., Gett prakt. Erörtr. No. 21, Heimbach Kreditum S. 633 fgg. — Hierher gehört auch die Eigenthümlichkeit in Betreff der Quittungen l. 14. §. 2. C. de non num. pec.

---

d) Eid.

Dig. XII. 2. de jurejurando, sive voluntario sive necessario sive judiciali; Cod. IV. 1. de (rebus creditis et) jurejurando. — Decr. Grat. P. II. C. 22.; Decretal. II. 24.; Lib. sext. II. 11. et Clem. II. 9. de jurejurando. — *Malblanc* doctr. de jurejurando. Norimb. 1781., edit. 2da. Tüb. 1820; Glück XII. §. 789 fgg.; Brackenhöft im civ. Arch. XXIX. 1 und 11; Savigny Syst. VII. S. 47 fgg.

α) Begriff und Arten. §. 168.

β) Voraussetzungen. §. 169.

γ) Wirkungen. §. 170.

Anm. Was insbesondere die Wirkungen des promissorischen Eides anbelangt, so muß zwischen römischem und heutigem Rechte unterschieden werden. Nach dem erstern nämlich ist der Grundsatz festzuhalten, daß der Eid nur einen moralischen Impuls zur Erfüllung des Versprechens abgiebt, und ein an sich ungiltiges Geschäft auch durch den Eid keine Giltigkeit und juristische Bedeutung erhalten kann, l. 7. §. 16. de pact. (2, 14), l. 5. §. 1. C. de legib. (1, 14). Nov. 51. pr., Nov. 82. C. 11. Nur in einigen wenigen Beziehungen kommen hiervon Ausnahmen vor. So soll nämlich Infamie erfolgen, wenn ein Großjähriger einen beschworenen Vergleich bricht, l. 41. C. de transact. (2, 4); ferner wird die eidlich übernommene Verbindlichkeit des libertus, dem Patron Dienste zu leisten, durch den Eid giltig, l. 7. pr. §. 1. de operis

libertor. (38, 1), vgl. mit l. 36. de manum. test. (40, 4), und nach einem Reskript von Alexander Sever soll die von einem Minderjährigen eidlich abgelegte Verzichtleistung auf in integrum restitutio durch den Eid bindend werden, l. 1. C. si advers. vendit. (2, 28). Dieses letztere Reskript aber wurde von den Glossatoren verschieden ausgelegt, indem Bulgarus es blos auf an sich giltige Geschäfte bezog, Martinus aber es viel allgemeiner nahm, und es z. B. auch für den Fall wirken ließ, wenn der Minderjährige ohne Dekret der Obrigkeit einen fundus veräußert hatte. Obwohl gewiß die erstere Auslegung dem Geiste des römischen Rechts angemessener ist, so wurde doch die zweite gesetzlich sanktionirt durch die Friedericianische Auth. *Sacramenta puberum* ad l. 1. C. cit., vgl. v. Savigny Gesch. des RR. im M. A. IV. S. 162 fgg.; *Haenel*, dissensiones dominorum, p. 52. sqq., p. 98 sqq., p. 558., p. 583. In demselben Geiste erließ auch das Kanonische Recht seine Bestimmungen, denn hier wird nicht nur der eidliche Verzicht auf eine noch nicht deferirte Erbschaft für giltig erklärt, cap. 2. de pact. in 6to (1, 18), sondern es soll auch eine Frau vollständig gebunden sein, wenn sie eidlich versprochen hat, die Veräußerung eines fundus dotalis nicht anzufechten, cap. 28. X. de jurejur. (2, 24), cap. 2. de jurej. in 6to (2, 11). Aus diesen Entscheidungen haben nun von jeher die meisten Theoretiker und eine sehr konstante Praxis (vgl. die Literatur bei Glück IV. S. 542 fgg.) die allgemeine Regel abgeleitet, daß h. z. T. der promissorische Eid auch zur Bekräftigung ungiltiger Geschäfte dienen könne, wenn dieselben nur nicht absolut verboten sind, oder eine Immoralität enthalten, oder Rechte Dritter verletzen; und in der That möchte sich auch eine solche allgemeine Regel recht wohl vertheidigen lassen, wenn man nur die allgemeine ratio, worauf der Pabst seine Entscheidungen gründet, in's Auge faßt; cum juramentum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum. Thibaut log. Ausleg. §. 61, Warnkönig im ziv. Arch. XXV. S. 244 fgg. Doch giebt es auch h. z. T. noch manche Dissentienten welche die Vorschriften des K. R. auf die namentlich da entschiedenen Fälle beschränken, vgl. z. B. Weber nat. Verb. §. 120 fgg., Mühlenbruch Lehrb. §. 151, Forts. des Glück'schen Komm. XXXVIII. S. 191 fgg., Puchta §. 253 u. A. m. — Bestritten ist aber auch noch, ob auch die Erben des Schwörenden an eine solche, erst durch den Eid begründete Verbindlichkeit gebunden seien? Manche leugnen dies, weil der Pabst nur sage, der Schwörende habe sein Gewissen zu salviren, Gesterding Nachforsch. I. S. 82 fgg.; Thibaut Syst. §. 114. Not. a., vgl. mit Braun

Erörtr. S. 134. Dies ist aber gewiß irrig, denn wenn einmal eine Verbindlichkeit als begründet anzunehmen ist, so muß dieselbe in der Regel auch auf die Erben übergehn. Dies scheint jetzt auch Thibaut anzuerkennen, indem er in der 8ten Aufl. des Syst. §. 83. die ganze Frage mit Stillschweigen übergeht.

δ) Insbesondere vom juramentum in litem. §. 171.

Dig. XII. 3.; Cod. V. 53. de in litem jurando. — *Donelli* comment. jur. civ. lib. XXVI. c. 6--12; Weber Beweisf. §. 46. 2te Ausg. S. 238 fgg.; Wirschinger Vers. einer neuen Theorie über das juram. in lit. Landsh. 1806; Drummer Theorie des Würderungseids. Bamb. 1806; Müller über den Schätzungseid. Jena 1806; Gensler im civ. Arch. IV. No 22; Gesterding Nachforsch. I. No. 2.; Hasse d. J. im Rhein. Mus. VI. S. 27 fgg. S. 179 fgg.; besonders aber v. Schröter in Gießer Zeitschr. VII. S. 356 fgg.; VIII. S. 159. 160.

Anm. Die herrschende Lehre geht dahin: das **juram. in litem** sei ein Mittel, vermöge dessen ein Beschädigter die Größe eines ihm durch **dolus** oder **culpa lata** zugefügten Schadens nach seiner Willkür bestimmen könne; und in Folge dieses Begriffs wird unser Eid ganz allgemein in der Lehre vom Schadensersatz abgehandelt. Es ist dies aber gewiß irrig, und man muß vielmehr von folgenden Sätzen ausgehn:

1) Das **jusjurandum in litem** ist seinem wahren Begriffe nach der Eid, durch welchen der Kläger bei **actiones arbitrariae** oder solchen **actiones bonae fidei**, die auf ein **restituere** oder **exhibere** gerichtet sind, den Werth des Streitgegenstandes und sein Interesse schätzt, wenn der zum Restituiren oder Exhibiren angehaltene Beklagte diesem Urtheil entweder aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder vermöge seines **dolus** oder **culpa lata** nachzukommen nicht im Stande ist; vgl. **l. 1. 2. 4. §. 4., l. 5. pr. §. 4., l. 6. h. t., l. 68. de R. V., l. 7. si servit. vindicetur (8, 5), l. 16. §. 3., l. 21. §. 3. de pignor. (20, 1), l. 18. pr. de dol. mal. (4, 3), l. 25. §. 1. sol. matr. (24, 3)**, *Donell*, Hasse, bes. v. Schröter a. aa. OO., vgl. auch Flach Entscheid. des Ob. App. Gericht zu Wiesbaden Th. **II.** S. 55 fgg. Einiges Bedenken könnte man nur bei den **actiones bonae fidei**

haben, und hier ganz allgemein den Eid wegen **dolus** und **culpa lata** zulassen wollen, besonders wegen **l. 5. pr. h. t.** („**et in bonae fidei judiciis in litem juratur**"), und **l. 3. §. 2. commod.** („ **in hac actione, sicuti in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem juratur**"). Dies wäre aber irrig, denn einem solchen Satze steht:

a) entscheidend entgegen der allgemeine Ausspruch Ulpian's in **l. 68. de R. V.**, wornach von dem Eide nur bei solchen Klagen Anwendung gemacht werden soll, *ex quibus arbitratu judicis quid restituitur*, und damit stimmt denn auch vollkommen überein, daß, während bei den **actiones arbitrariae** die oben angegebene Beschränkung des Eides offen vorliegt, die **actiones bonae f.** neben diesen genannt werden, ohne irgend eine Andeutung, daß bei ihnen diese Beschränkung hinwegfalle. Besonders wichtig ist für den richtigen Gesichtspunkt auch die **l. 25. §. 1. sol. matr.**, wo bei einer **actio bonae f.**, nämlich der **actio rei uxoriae** der Schätzungseid darum zugelassen wird: **quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.**

b) Bei einer **actio depositi contraria** wird das **juram. in lit.** ausdrücklich abgesprochen, **l. 5. pr. depos.** (16, 3), was ganz unerklärlich wäre, wenn dasselbe bei jeder **actio b. f.**, **propter dolum** eintreten könnte, was sich aber der richtigen Ansicht nach von selbst erklärt, weil diese Klage nicht auf ein **restituere** geht.

c) Für diese richtige Ansicht spricht auch noch sehr bestimmt, daß alle **b. f. actiones**, bei denen in unsern Quellen das **juram. in lit.** erwähnt wird, auf ein **restituere** gerichtet sind. Dasselbe wird nämlich erwähnt bei der **actio** ***depositi***, **l. 3. h. t.**, **l. 1. §. 26. depos.**, bei der **a.** ***commodati***, **l. 3. §. 2. commod.**, bei der **a.** ***locati***, **l. 48. §. 1. locati** (19, 2), bei der **a.** ***rei uxoriae***, **l. 25. §. 1. sol. mat.** (24, 3), bei der **a.** ***tutelae***, **l. 8. h. t.**, **l. 1. 2**, **l. 4. C. h. t.**, **l. 7. pr. de adm. tut.** (26, 7). (Wenn in der letztern Stelle der Eid auch wegen nicht errichteten Inventars zugelassen wird, so steht dies nicht im Widerspruch mit unserm Prinzip, denn auch in diesem Falle kann ja der Vormund dem Befehle des Richters, das Inventarium zu restituiren, nicht nachkommen).

d) Die für die gegnerische Ansicht angeführten Stellen sind ganz unbeweisend, denn aus **l. 5. h. t.** folgt nur, daß es auch **b. f. judicia** giebt, bei denen der Eid anzuwenden ist, und in **l. 3. §. 2. commod.** muß man auf das ***similiter*** Gewicht legen, wo dann der richtige Satz entsteht, daß das **juram. in lit.** auch

bei andern b. f. actiones Platz greife, wenn dieselben ähnlich wie die a. commodati auf ein restituere gerichtet sind.

Gewiß also hat auch bei actiones b. f. der Schätzungseid ganz dieselbe Bedeutung, wie bei den eigentlichen actiones arbitrariae, d. h. er kann nur vorkommen, wenn sie auf ein restituere gerichtet sind, und auch in diesem Falle nur dann, wenn der Beklagte dem Restitutionsbefehle aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder wegen seines dolus nicht nachkommen kann. Von selbst versteht es sich also, daß davon bei solchen Klagen, welche auf ein tradere gerichtet sind, wie z. B. bei der actio emti nicht die Rede sein kann, vgl. l. 4. C. de act. emt. vend. (4, 49), (wo blos eine Schätzung des Richters, nicht der Parthei, gestattet wird), und wenn doch die gewöhnliche Meinung sie auch hier zuläßt, z. B. Glück XII. S. 417, so ist dies nur eine natürliche Folge davon, daß man die Natur dieses Eides ganz verkannte; denn die Stellen, die man noch insbes. hierfür anführt, l. 1. pr., l. 21. §. 3. de act. emt. vend. reden gar nicht von dem Eide, sondern sprechen nur den bekannten Satz aus, daß der Käufer gegen den nicht tradirenden Verkäufer eine Klage auf das Interesse habe.

2) Bei actiones stricti juris kann das juram. in lit. in dem bisher entwickelten Sinne durchaus nicht vorkommen, theils wegen der strengern Natur solcher Klagen, die eine Selbstschätzung des Klägers nicht gestattet, theils aber auch schon deßhalb, weil hier regelmäßig die Klage auf neue Leistungen, und nicht auf ein restituere gerichtet ist. Doch wird auch bei diesen ein juram. in lit. erwähnt, aber freilich mit ganz andrer Natur. Wenn nämlich dem Richter die litis aestimatio unmöglich ist, etwa weil der Streitgegenstand gar nicht mehr existirt, und wenn diese Unmöglichkeit durch eine Kulpa des Verklagten herbeigeführt ist, so darf der judex als subsidiäres Beweismittel auch den Eid des Klägers gebrauchen, l. 5. §. 4, l. 6. h. t. Dieses subsidiäre juram. in litem, aber niemals auch das bei 1) besprochene, kann denn auch bei dem damnum injuria datum vorkommen, und die herrschende Lehre, wornach dasselbe im Falle eines dolus oder einer culpa lata ganz allgemein hierbei gestattet wird, scheitert an dem doppelten Grunde, daß die a. legis Aquiliae eine strenge Klage, und daß sie nicht auf ein restituere gerichtet ist.

3) Ueber den Maaßstab, nach welchem der Kläger bei dem juram. in lit. zu schätzen hat, wird gewöhnlich folgende Theorie aufgestellt: regelmäßig könne derselbe nicht blos sein wirkliches besonderes Interesse, sondern auch blose Affektionen in Anschlag bringen (s. g. jusjur. in litem affectionis); doch aber gebe es

auch ein **jusjur. in litem veritatis**, wornach er den wirklichen objektiven Werth der Sache zu beschwören habe, nämlich bei **actiones stricti juris** und bei Beschädigungen aus **culpa levis**, wenn kein andrer Beweis möglich sei, vgl. z. B. Glück XII. S. 400, S. 421 fgg., S. 461 fgg.; Wening §. 193. geg. E. u. A. m. — Es ist dies aber ganz irrig. Es ist an einem andern Orte (vgl. §. 571. Anm. 3 a. E.) der nicht schwierige Beweis zu liefern, daß eine Berücksichtigung des Affektionswerthes bei Schadensersatz den Römern ganz fremd war, und darin liegt zugleich ein entscheidender Grund für die richtige Ansicht bei dem **juram. in litem**, denn es ist doch offenbar unnatürlich, daß die materiellen Grundsätze über Schadensersatz sich ändern sollten, wenn ein besonderes Beweismittel angewendet wird. Nur soviel liegt in der Natur der Sache, daß, wie Schröter S. 398. richtig bemerkt, der Richter als Unpartheiischer nach objektiven Gründen und nach den ihn dargebotenen Beweismitteln schätzt, und so einen möglichst objektiven Geldwerth herauszustellen sucht, der Kläger aber lediglich auf seine Ueberzeugung von dem Geldwerth der Sache und seines Interesse angewiesen ist, und mithin nur ein subjektives Urtheil darüber geltend machen soll. Beide, Richter wie Kläger, sollen ganz dasselbe bestimmen, nämlich **quanti res est** und **quanti actoris interest**, d. h. den Geldwerth der Sache und das Interesse, aber Beide gehen von verschiedenen Gesichtspunkten aus, und kommen daher leicht zu ganz verschiedenen Resultaten. Behält man diesen Unterschied im Auge, so erklären sich leicht die Stellen, die man für die Berücksichtigung des Affektionswerths hat anführen wollen, denn wenn

a) in l. 5. §. 1. **ne quis eum** demjenigen, **quod in veritate est**, entgegengesetzt wird: **quanti ea res est ab actore aestimata**, vgl. auch l. 2. C. h. t., wo derselbe Gegensatz vorkommt; so bezeichnet **veritas** hier eben den objektiven Werth im Gegensatz der blos subjektiven partheiischen Schätzung, welche von dem Kläger ausgeht. Eben so erklärt sich daraus auch von selbst der Gegensatz in l. 8. h. t.: **quanti res est**, und **quanti in litem juratum fuerit**, l. 16. §. 3. de pignorib. (20, 1).

b) Gar keine Schwierigkeit kann es nach dem bisher Bemerkten machen, wenn in l. 1. h. t. gesagt wird, es könne die **condemnatio** durch das **jusjur. in litem** *crescere*, und die Sache werde **ex contumacia** *ultra rei pretium* gewürdert. Es liegt nämlich in der Natur der Dinge, daß der Kläger seine Sache und seine Interesse so hoch als nur möglich anschlagen wird, gewiß höher, als der ganz unpartheiische und vom rein objektiven Gesichtspunkt ausgehende Richter.

c) Sehr natürlich erklärt sich auch, ohne daß man irgend einen Affektionswerth hierher zu ziehen braucht, der Ausdruck in l. 4. §. 2. h. t.: **jurare autem** ***in infinitum*** **licet**, und in l. 68. de R. V., es müsse der Verklagte verurtheilt werden: **quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit.** In Vergleichung mit den übrigen Stellen heißt dies nämlich nur: er kann den Geldwerth ganz unbeschränkt (d. h. ohne daß der Richter vorher ein Maximum festsetzt) so hoch anschlagen, als er nur immer mit seiner Ueberzeugung in Uebereinstimmung bringen kann. Vgl. bes. Schröter S. 395 fgg.

Geht man nun aber von der bisher vertheidigten richtigern Meinung aus (für welche auch noch angeführt werden kann, daß sich nur aus ihr das in unsren Gesetzen anerkannte Moderationsrecht des Richters, l. 4. §. 2. 3., l; 5. §. 1. 2. h. t;, l. 18. pr. de dol. mal., l. 3. §. 2. ad exhib. (10, 4), l. ult. §. 14. C. de jure delib. (6, 30) [über den Widerspruch dieser Stellen mit l. 68. de R. V. s. m. Glück §. 817, Schulting Not. ad Dig. tom. II. p. 475 sqq., Schröter S. 405 fgg.] erklären läßt, da ja dem Richter bei blosem Affektionswerth jeder Maaßstab nothwendig fehlen würde), so verschwindet das s. g. **jusjur. in litem** ***affectionis*** ganz von selbst, und es giebt vielmehr nur ein **jusjur. in lit. veritatis**, welches dann in den oben bei No. 1 und 2. angegebenen Fällen eintritt. Die weitere oft gehörte Behauptung nämlich, daß bei jeder Beschädigung, wenn sie auch nur **culpa levi** geschehen sei, ein solcher Eid wenigstens **in subsidium** vorkommen könne, ist durchaus irrig, denn die l. 5. §. 4. h. t. redet blos von **actiones stricti juris** in dem oben bei No. 2. angegebenen Sinne, und in l. 3. C. de reb. cred. (4, 1) ist gewiß nur von dem Ergänzungseide die Rede.

4) Ueber das s. g. ***jusjur. Zenonianum*** im Falle einer gewaltsamen Besitzentsetzung [***Zeno*** **in l. 9. C. unde vi (8, 4)**] lehrt man gewöhnlich, es unterscheide sich besonders dadurch von dem regelmäßigen **juram. in litem**, daß bei dem letztern blos die Größe des Schadens, bei dem **juram. Zenon.** aber auch die Existenz des Schadens selbst beschworen werde. Dies ist aber irrig. Beide Arten des Eides folgen vielmehr in dieser Beziehung ganz gleichen Grundsätzen, denn auch bei dem gewöhnlichen **jusjur. in litem** wird, sofern es sich um die Bestimmung des Interesse handelt, blos der Beweis der schädlichen Handlung, also namentlich der **contumacia**, vorausgesetzt, nicht auch der besondere Beweis, daß man dadurch Schaden erlitten, und so bezieht sich z. B. wenn die Urkunde nicht exhibirt wird, oder der Vormund kein Inventar errichtete, der Eid sofort auf das Interesse, also auf Dasein und

Größe des Schadens, l. 10. h. t., l. 7. pr. de adm. tut. (26, 7). Hiermit stimmt es ganz überein, daß, wenn der Kläger bei einer gewaltsamen Besitzentsetzung bewegliche Sachen eingebüßt hat, er blos die gewaltsame Dejektion beweisen muß, und dann geradezu sein Interesse eidlich erhärten kann, l. 9. cit. — Aber in andrer Beziehung unterscheidet sich das juram. Zenonianum wirklich von dem gewöhnlichen juram. in litem, nämlich, daß es gegen die Regel immer blos in subsidium, wenn keine andren Beweismittel vorhanden sind, zugelassen wird, und daß dabei immer eine taxatio judicis vorkommt, l. 9. cit. v. Schröter S. 407 fgg.

IV. Rechtskräftiges Urtheil.

1) Voraussetzungen desselben. §. 172.

2) Wirkungen. §. 173.

Dig. XLII. 1. de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus; XLIV. 2. de exceptione rei judicatae; Cod. VII. 45. de sententiis et interlocutionibus omnium judicum; VII. 52. de re judicata; VII. 56. quibus res judicata non nocet; VII. 60. inter alios acta vel judicata aliis non nocere. — Keller Litiskont. und Urtheil S. 197 fgg., Zimmern Rg. III. §. 137 fgg., Buchka, Wächter, Roßhirt in den oben §. 159 angeff. Schriften, Savigny Syst. VI. S. 257 fgg. Vgl. auch Brackenhöft die Identität und mat. Konnexität der Rechtsverhältnisse. Gött. 1839. §. 8—10, §. 20, S. 180 fgg. S. 402 fgg., Arnold über den Umfang und die Grenzen der res judicata; in dessen prakt. Erörtr. aus dem Rechtsgebiete. Heft II. Erl. 1845. Nr. 11. S. 260 fgg.

Anm. I. Im Allgemeinen kann die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils dahin bestimmt werden, daß dadurch formelles Recht geschaffen wird, und der Inhalt desselben als Wahrheit gelten muß, „res judicata pro veritate accipitur“, l. 207. de R. J., l. 25. de stat. hom. (1, 5), vgl. auch l. 1. §. 16, l. 3. pr. de agnosc. lib. (25, 3), l. 65. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 12. §. 3. de bon. libert. (38, 2), l. 24. de re judic. (44, 2). Dies wird denn auch für den Fall eines kondemnatorischen Urtheils

allgemein zugegeben; aber für den Fall eines absolutorischen Erkenntnisses nehmen sehr viele ältere und neuere Juristen an, daß der mit Unrecht absolvirte Schuldner doch noch immer naturaliter obligirt bleibe, und also namentlich auch eine Rückforderung des irrig Gezahlten nicht Statt finde, vgl. z. B. *Cujac.* in libr. III. quaest. Paul. ad l. 60. de cond. ind. (in opp. V. p. 941 sqq.), *A. Faber* conject. IV. 20. Ration. ad l. 60. cit., Roßhirt in seiner Zeitschr. I. S. 143 fgg. II. S. 29, Sintenis Pfandr. S. 48 fgg., Unterholzner Schuldverh. I. S. 15. 500, Savigny Syst. V. S. 376. Not. c., Fein im ziv. Arch. XXVI. 5. 13. (wo auch S. 161 fgg. umfassendere Literatur-Angaben vorkommen), Buchka I. S. 315 fgg., (welcher jedoch II. S. 200 fgg. für unser heutiges Recht die gegentheilige Meinung vertheidigt), Erxleben die condictiones sine causa Abh. I. Leipz. 1850. S. 127 fgg., u. s. auch die Lehr- und Handbücher von Mühlenbruch §. 330. Not. 21, Puchta §. 270. Not. g., Kierulff I. S. 43. Not., Göschen §. 468. Doch hat es von jeher Dissentienten gegeben, welche eine gänzliche Vernichtung der obligatio durch absolutorische Sentenz angenommen haben, vgl. z. B. *Donell.* comm. jur. civ. XIV. 12, *Cocceji* de vero debitore sententia absoluto; in Exerc. curios. II. disp. 44, Weber nat. Verb. §. 91 fgg., Glück XIII. S. 101 fgg., Keller Litisk. S. 159. Not. 6, Francke ziv. Abh. S. 77, Meyerfeld Schenkungen I. S. 353, Büchel zivilr. Erörtr. II. S. 105 fgg., v. d. Pfordten im ziv. Arch. XXIV. 4, Flach in der Gieß. Zeitschr. XIX. 12, Wächter Erörtr. H. 3. S. 135 fgg., und s. auch die Lehrbücher von Thibaut §. 632 (9. Ausg. §. 562), Seuffert §. 296, Schweppe §. 612, Wening §. 252. Ich halte die letztre Ansicht für die richtige, und zwar dürften dabei folgende Punkte hauptsächlich in Betracht kommen:

1) Die gegnerische Meinung steht in unauflöslichem Widerspruche mit dem vorher angedeuteten Prinzip der Rechtskraft, dessen Bedeutung doch offenbar nur die ist, daß, wenn einmal die Thatsache der rechtskräftigen Entscheidung feststeht, kein Richter mehr befugt ist, über das materielle Recht oder Unrecht des Urtheils Untersuchungen anzustellen, l. 56. de re judic. (42, 1):

„Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam *nihil quaeritur*",

daß folglich jedes Urtheil, welches gegen ein früheres rechtskräftiges Erkenntniß verstößt, ohne Weiteres nichtig ist, l. 1. C. quando provoc. nec. non est (7, 64), und sogar ein Vergleich post rem judicatam keinen Rechtsbestand hat (vgl. §. 668. Anm.). Dieses Prinzip nun, welches den Gesetzen und der Natur der Sache nach

eine ganz allgemeine Geltung bei allen Urtheilen hat, würde nach der Meinung der Gegner bei einem absolutorischen Erkenntniß gar nicht zur Anwendung kommen, und zwar augenscheinlich nicht blos einem solchen absolutorischen Erkenntniß, welches mit Unrecht einen Schuldner freispricht, sondern bei einem jeden, denn jeder abgewiesene Gläubiger kann ja behaupten, daß er mit Unrecht abgewiesen sei, und die Wahrheit oder Unwahrheit einer solchen Behauptung müßte einer neuen gerichtlichen Kognition unterworfen werden. Setzen wir, es ist ein Kläger nach einem in allen Instanzen durchgeführten Prozeß rechtskräftig mit seiner Forderung abgewiesen worden; später wird er dem absolvirten Schuldner etwas schuldig, und in dem deßhalb gegen ihn erhobenen Prozeß schützt er eben wegen jener rechtskräftig abgewiesenen Forderung die Kompensations-Einrede vor. Nach der Meinung der Gegner müßte hier die **replicatio rei judicatae** durch eine **duplicatio rei** *male* **judicatae** elidirt werden, und der Richter also nun von Neuem wegen der angeblich noch vorhandenen **naturalis obligatio** die Existenz oder Nichtexistenz der rechtskräftig abgesprochenen Forderung untersuchen, und darüber erkennen, wo dann der Kreislauf durch alle Instanzen von Neuem beginnen könnte! Oder man setze, der Erbe eines in allen Instanzen rechtskräftig absolvirten Schuldners zahlt dem Gläubiger, weil er von diesem Urtheil nichts weiß, die geforderte Summe, und stellt deßhalb, nachdem er Kunde davon bekommen hat, die **condictio indebiti** an; auch hier müßte der Gläubiger durch den Einwand, daß der Schuldner mit Unrecht absolvirt sei, also eine **naturalis obligatio** noch fortdauere, den Richter nöthigen können, von Neuem über das Recht oder Unrecht der früheren **res judicata** zu kognosziren! Offenbar würde in allen solchen Fällen **eadem quaestio inter easdem personas** in das Judizium revozirt, und dennoch sollte die **exc.** oder **repl. rei judicatae** nichts helfen; dennoch sollte der Richter von Neuem prüfen dürfen, ob der Schuldner mit Recht oder Unrecht absolvirt sei! Hätte man solche, mit den klarsten Gesetzen im Widerspruche stehende Konsequenzen erwogen, und sich namentlich von dem bestechenden Gedanken losgemacht, daß hier ja nur von einem mit Unrecht absolvirten Schuldner die Rede sei, hätte man vielmehr bedacht, daß durch jene Theorie nothwendig die Rechtskraft einer jeden absolutorischen Sentenz zu einer blosen Illusion werden muß: so würde die Lehre von der übrigbleibenden **naturalis obligatio** des mit Unrecht freigesprochenen Schuldners schwerlich so zahlreiche Vertheidiger gefunden haben.

2) Ein unterstützendes Moment für die richtige Ansicht kann noch in der oft ausgesprochenen Parallele des Eides mit der **res**

judicata gefunden werden, vgl. z. B. l. 26. §. 2, l. 35. §. 1. de jurejur. (12, 2), l. 13. quib. mod. pign. (20, 6), l. 56. de re judic. (42, 1), l. 1. pr. quar. rer. act. (44, 5). Nun ist es aber gewiß, daß derjenige, welcher sich durch Eid befreit hat, eine irrig gemachte Zahlung unbedenklich mit der condictio indebiti zurückfordern kann, l. 39, 40, 42, pr. de jurejur. (12, 2), l. 43. de cond. ind. (12, 6), und zwar weil nach abgelegtem Eide „*ab omni contentione disceditur*", l. 43. cit.; gerade in dieser Beziehung aber stehen sich Urtheil und Eid gleich, l. 56. de re judic. („*nihil quaeritur*"), und es muß also auch konsequent für beide dieselbe Folge eintreten, obwohl in andren Beziehungen es wahr sein mag, daß der Eid „majorem auctoritatem habet, quam res judicata", l. 2. de jurejur. Die Behauptung von Fein S. 363 fgg., daß die gesetzliche Parallele des Eides mit dem Urtheile sich lediglich auf die kondemnatorische Sentenz beschränke, und deßhalb für unsre Frage ohne Bedeutung sei, ist innerlich haltlos, und wird schon, abgesehen von vielem Andren, durch die gleich nachher zu besprechende l. 13. quib. mod. pign. (20, 6) widerlegt, vgl. auch l. 42. §. 3. de jurej.

3) Entscheidend für die richtige Ansicht ist l. 13. quib. mod. pign. solv. (20, 6):

> *Tryphonin.* „Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset, *nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur*",

denn hier wird mit klaren Worten gesagt, daß das Pfandrecht erlöschen soll, obgleich der Schuldner mit Unrecht absolvirt sei, während wenn eine naturalis obligatio übrig bliebe, nicht so entschieden sein könnte l. 14. §. 1. de pignor. (20, 1), (vgl. §. 364 Anm. 2). Die Versuche, diesen Ausspruch mit der Fortdauer der natur. oblig. in Einklang zu bringen, sind sehr ungenügend. So nimmt z. B. Savigny V. S. 388. not. g. an, der Sinn der letzten Worte sei nur, daß allerdings der Schuldner und sein Successor auch gegen die hypothekarische Klage die exc. rei judic. opponiren könnten, da ja zur Begründung dieser Klage auch das Dasein der Schuld behauptet werden müsse; das Pfandrecht selbst höre aber nicht auf, und wirke namentlich dann unbeschränkt, wenn die verpfändete Sache in die Hände eines Dritten komme, dem nicht die exc. rei judic. zur Seite stehe. Es ist aber einleuchtend, daß durch den ersten Theil dieser Behauptung Savigny mit seiner eigenen Theorie in Widerspruch tritt, denn da anerkannter Weise eine actio hypothecaria auch schon durch das Dasein einer

natural. obligatio begründet wird, und da nach Savigny's Ansicht ungeachtet der **res judicata** doch eine **naturalis obligatio** übrig bleibt, so sieht man nicht ein, wie nach diesen Prämissen der **actio hypothecaria** die **exc. rei judicatae** mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden dürfte; der zweite Theil dieser Behauptung aber — daß das Pfandrecht und die Pfandklage Dritten gegenüber unbeschränkt fortdauere — ist in augenscheinlichem Widerspruche mit den Worten des Gesetzes *pignus liberatur*, die gewiß nur von einer gänzlichen Erlöschung des Pfandrecht verstanden werden können, vgl. auch Fein a. a. O. S. 197 fgg., Wächter S. 140 fgg., Buchka S. 326 fgg. Noch ungenügender ist die Meinung von Fein S. 199 fgg., wornach unsere Stelle von einem Eide und einem Urtheile, nicht über die persönliche Klage, sondern über die **actio hypothecaria** rede; eine Auslegung, die nicht nur den Worten Gewalt anthut („**se dare non oportere**"), sondern überdies den guten Gedanken Tryphonin's in eine wahre Trivialität umkehrt, vgl. auch Wächter S. 142, Buchka S. 326. Der neueste Vertheidiger der hier bekämpften Theorie, Buchka S. 323 fgg., räumt denn auch geradezu ein, daß allerdings das Pfandrecht in Folge der **sententia absolutoria** erlösche, und weiß sich nur durch die Annahme zu helfen, daß in diesem Falle einer **naturalis obligatio** aus besondren Gründen einmal eine Ausnahme von der sonstigen Regel gelte; aber diese besondren Gründe sind so beschaffen, daß, wenn man sie konsequent verfolgt, sie nothwendig zu einer gänzlichen Negirung der angeblichen **natur. obligatio** führen müssen. — Wenn man übrigens öfter die **l. 27. de pignor.** (20, 1) als unserer **l. 13. cit.** widersprechend angeführt hat, so ist dies offenbar unbegründet, denn Marcian in **l. 27. cit.** spricht nicht von einem **debitor per injuriam absolutus**, sondern er behandelt dort einen Fall, in welchem ein Gläubiger wegen ***pluspetitio*** mit seiner Klage abgewiesen war („**quia forte *causa ceciderat***"); daß in einem solche Falle, in welchem natürlich der Richter nicht aussprechen konnte, daß der Beklagte nichts schulde, nur die Klage des Gläubigers zerstört wurde, aber eine **naturalis obligatio** und folglich auch das Pfandrecht bestehen blieben, liegt ganz in der Natur der Sache; vgl. auch Wächter a. a. O. S. 32 fgg., S. 142. Not. 7.

4) Für die gegnerische Ansicht stützt man sich auch noch darauf, daß doch nur die **civilis obligatio**, die **actio**, **in judicium** deduzirt werde, **l. 50. §. 2. de pecul.** (15, 1), **l. 8. §. 3. de fidej.** (46, 1), und also auch nur diese durch **res judicata** konsumirt werden könne. Offenbar kann aber hieraus höchstens nur gefolgert werden, daß die **exc. rei judicatae** in ihrer s. g.

negativen Funktion eben so nur der actio entgegenstand, wie dies auch bei der exc. rei in judicium deductae der Fall war, m. a. W. daß die prozessualische Konsumtion der res judicata sich nur auf die Klage, und nicht auf die obligatio selbst erstreckte. Davon aber ist bei unsrer Frage gar nicht die Rede. Bekanntlich hat die exc. rei judicatae auch noch eine s. g. positive Funktion, die eben auf den Grundsatz: res judicata pro veritate habetur, basirt ist, und welche die Bedeutung hat, daß der materielle Inhalt des rechtskräftigen Erkenntnisses gegen jeden erneuten Angriff sicher gestellt werden soll (vgl. unten bei III). Daraus geht aber von selbst hervor, daß überall dann, wenn ein Schuldner deßhalb rechtskräftig absolvirt ist, weil keine Schuld bestehe, oder dieselbe ipso jure oder ope exceptionis erloschen sei, nothwendig die exc. oder replic. rei judicatae in dieser positiven Funktion Platz greift, wenn diese rechtskräftig abgesprochene obligatio zu abermaliger gerichtlicher Verhandlung gebracht würde; während sich dies freilich der Natur der Sache nach dann anders verhält, wenn ein Schuldner nur wegen pluspetitio, oder in Folge einer dilatorischen Einrede, oder wegen einer solchen exc. perpetua, die noch eine naturalis obligatio übrig läßt, absolvirt wird, denn in Fällen dieser Art geht ja der Inhalt des absolutorischen Erkenntnisses gar nicht auf die obligatio, sondern nur auf die actio. Die Behauptung Buchka's S. 315 fgg., daß nach römischem Prozesse eine jede absolutorische Sentenz sich nur auf die Klage, und nicht auf das der Klage zu Grunde liegende Recht erstreckt habe, und daß deßhalb eine nochmalige Verhandlung über das letztre in keinem Widerspruche mit der rechtskräftigen Sentenz stehe, ist nicht nur aus innern Gründen haltlos, sondern widerspricht auch klaren Quellen-Zeugnissen, aus denen hervorgeht, daß auch der römische judex die Rechtsgründe seiner absolutoria pronunziirte, und daß eben nach diesen Gründen der Umfang der Rechtskraft sich bestimmte, vgl. unten III.

5) Für die gegnerische Meinung werden mehrere Gesetze angeführt, und zwar vor allen Dingen die l. 60. de cond. ind. (12, 6), welche Stelle man von jeher für die Hauptstütze jener Theorie gehalten hat:

Paul. „Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset, — *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet* —, similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur“.

Ich kann mich, nach wiederholter sorgfältigster Prüfung von der Beweiskraft dieser Stelle nicht überzeugen. Lassen wir einen Augenblick den Paulinischen Zwischensatz „**licet enim — — permanet**" außer Rücksicht, so ist der Gedankengang Julian's unverkennbar folgender. Ein wirklicher Schuldner, welcher von seinem Gläubiger gerichtlich belangt war, hat nach der Litiskontestation Zahlung geleistet, und will dieselbe jetzt zurückfordern, weil er ja vor entschiedener Sache zur Zahlung nicht verpflichtet sei. Julian entscheidet, der Schuldner könne jetzt während des Prozesses darum nicht zurückfordern, weil er auch später nach geendetem Prozesse nicht zur Rückforderung berechtigt sei, möge der Ausgang des Rechtsstreits sein, wie er wolle, möge er also absolvirt oder kondemnirt werden; und er sei demnach in dieser Beziehung demjenigen ähnlich, welcher etwas unter der Bedingung versprochen habe „wenn das Schiff aus Asien kommen wird, oder wenn es nicht kommen wird", denn auch ein solcher könne, wenn er vor der Entscheidung dieser Bedingung irrthümlich gezahlt habe, nicht zurückfordern, weil er auch nach der Entscheidung, dieselbe möge ausfallen, wie sie wolle, nicht zur Rückforderung berechtigt sei. — Aus dieser Julianischen Argumentation kann nun doch offenbar nur der Satz abgeleitet werden, daß ein **verus debitor**, welcher vor der **sententia absolutoria** gezahlt hat, durch das nachherige freisprechende Urtheil nicht zur **condictio indebiti** befugt wird, denn die Behauptung von Fein, daß die Worte „**quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset**" den Sinn hätten, der Schuldner könne eine nach der **sententia absolutoria** gemachte Zahlung nicht zurückfordern, trägt nicht nur ganz willkürlich etwas in die Stelle hinein, sondern stört offenbar den ganzen Gedankengang Julian's, der einfach dahin geht, daß der Schuldner jetzt deßhalb nicht kondiziren könne, weil er auch später, der Ausgang möge sein, wie er wolle, keine **condictio** habe. Der Satz nun aber, welcher wirklich aus der Julianischen Argumentation hervorgeht, daß nämlich das vor dem Urtheil Gezahlte auch nachher nach erfolgter **absolutio** nicht zurückgefordert werden könne, dieser Satz, sage ich, ist eben so wahr nach unsrer, als nach der gegnerischen Theorie, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil eine rechtskräftige Entscheidung der Natur der Sache nach nur für die Zukunft wirkt, aber nicht rückwärts in die Vergangenheit, weil also Jemand, welcher wirklich Schuldner ist, aber nachher absolvirt wird, deßhalb nicht rückwärts aufhört, Schuldner gewesen zu sein, sondern nur erst von der Zeit der **res judicata** an nicht ferner als Schuldner angesehen werden kann. Soviel ist also klar, daß die **l. 60. cit.** ohne den von Paulus eingeschobenen Zwischensatz „**licet enim absolutus sit, natura**

tamen debitor permanet", für die ganze hier behandelte Streitfrage ohne alle Bedeutung sein würde, und es fragt sich also nur, ob denn wirklich dieser Zwischensatz ein wesentliches Moment für die gegnerische Meinung abgebe? Daß diese Worte grammatisch so ausgelegt werden können, wie die Gegner es wollen, soll nicht bezweifelt werden; daß aber diese Auslegung eine nothwendige sei, muß ich in Abrede stellen. Offenbar will Paulus in diesem Zwischensatze die Behauptung Julians näher begründen, daß ein **verus debitor**, welcher während des Prozesses Zahlung geleistet habe, auch nach einer später erfolgten absolutorischen Sentenz zur Rückforderung nicht berechtigt sei, und da lag denn doch zu diesem Behuf gewiß der vorher angedeutete Gedanke sehr nahe, daß eine spätere absolutorische Sentenz nicht in die Vergangenheit zurückwirken könne. Gerade diesen Gedanken nun will Paulus meiner Ueberzeugung nach in den kritischen Worten aussprechen, indem er sagt „ein Schuldner bleibt, wenn er auch später absolvirt wird, dennoch der Natur nach (**natura** ist hier, wie öfter, soviel als **secundum rerum naturam** oder **naturaliter**) Schuldner", nämlich für die Zeit vor der Sentenz, worauf es hier allein ankam, da ja die Zahlung vor der Sentenz erfolgte; welche Wirkungen eine solche Sentenz für die Zukunft habe, das zu bestimmen, war keine Veranlassung vorhanden, und ist deßhalb auch nicht von Paulus angegeben worden, indem es ihm lediglich darauf ankam, daran zu erinnern, daß ein Schuldner nicht aufhöre, Schuldner gewesen zu sein, wenn er auch später vom Richter absolvirt würde. Nach dieser Auslegung, welche im Wesentlichen schon von Donellus a. a. O. entwickelt ist, kann also auch aus diesem Paulinischen Zwischensatz kein Argument für die gegnerische Meinung abgeleitet werden, denn es leuchtet von selbst ein, daß mit jenem Gedanken des Paulus sehr wohl der andre verträglich ist, daß von der Zeit der **sententia absolutoria** an allerdings der Schuldner aufhöre, Schuldner zu sein; und die ganze **l. 60. pr. cit.** in allen ihren Theilen führt also nur zu dem einfachen, auch mit unserer Theorie über die Wirkungen der **sententia absolutoria** vollkommen harmonirenden Rechtssatze: ein wirklicher Schuldner kann eine von ihm gemachte Zahlung selbst dann nicht zurückfordern, wenn er später wegen dieser Schuld rechtskräftig freigesprochen wird, denn er war doch zur Zeit der Zahlung wirklicher Schuldner, und dieses damals wirklich bestehende Schuldverhältniß kann auch der Natur der Sache nach durch die spätere absolutorische Sentenz nicht rückwärts aufgehoben werden. — Was noch die andren für die gegnerische Theorie gewöhnlich angeführten Gesetze anbelangt, so sind dieselben ganz unbedeutend, denn die **l. 8. §. 1. rem**

ratam haberi (46, 8) redet gar nicht von einem debitor injuria absolutus, sondern von einem Falle, in welchem der Kläger, wegen Prozeß-Verjährung seine Klage verloren hat, („*litem amiserit*") in welchem Falle allerdings eine naturalis obligatio zurückbleibt, was selbst auch von mehreren Vertheidigern der jenseitigen Ansicht anerkannt wird, vgl. z. B. Savigny V. S. 376 not. d., Buchka S. 318, und die l. 28. de cond. indeb.(12, 6):

Paul. „Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest"

setzt ja augenscheinlich voraus, daß der freigesprochene Schuldner wissentlich und freiwillig (*sua sponte*) Zahlung geleistet hat, in welchem Falle nach bekannten allgemeinen Grundsätzen keine cond. indebiti Statt findet, so daß diese Stelle mittelst des arg. a contrario weit eher für unsre Ansicht, als gegen dieselbe angeführt werden kann. —

II. Der Inhalt des Urtheils wird aber realisirt theils durch die, dem siegreichen Kläger zustehende *actio judicati*, theils durch die dem Kläger wie dem Beklagten zuständige *exceptio rei judicatae*, die also insofern, als sie zur Realisirung des materiellen Inhalts des Urtheils dienen soll, eine von Keller S. 223 Not. 4. s. g. positive Funktion hat. Von dieser positiven Funktion mußte aber nach klassischem Rechte noch eine zweite, von Keller s. g. negative Funktion der exc. rei jud. unterschieden werden, indem das Urtheil durch seine blose Existenz, ganz abgesehen von seinem Inhalte, die frühere actio zerstörte; und wenn man auch auf diese negative Funktion vornehmlich erst durch Gai. III. 180 fgg., IV. 106 fgg. aufmerksam geworden ist, so kommen doch auch noch im Korpus juris vielfache Spuren davon vor, vgl. z. B. l. 9. §. 1. de exc. rei judic., l. 16. §. 5. de pign. (20, 1), l. 23. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 22. §. 8. rat. rem haberi (46, 8), l. 2. C. de judic. (3, 1) u. s. w., Keller S. 231 fgg. Es konnte aber die exc. rei judic. in dieser s. g. negativen Funktion einer jeden Klage, welche dieselbe intentio mit der abgeurtheilten hatte, ohne Weiteres blos deßhalb entgegengesetzt werden, weil schon eine res judicata vorhanden war, und ohne alle Rücksicht darauf, ob sie mit dem materiellen Inhalt dieser res judicata in Widerspruch stand oder nicht, so daß sie also z. B. auch dann zulässig war, wenn die Klage blos wegen dilatorischer Einreden, oder wegen einer Pluspetitio u. dgl. abgewiesen war. Daß ein solcher Grundsatz, streng durchgeführt, zu den größten Härten führen mußte, ist unverkennbar, und schon in der klassischen Jurisprudenz treffen wir mannichfache Mittel an, denselben zu begegnen, z. B. praescriptiones pro actore, in integrum restitutio, Verpflichtung

zu Kautionsleistung u. s. w., Keller §. 57 fgg., und insbesondre ist auch der allgemeinere, namentlich auch bei actiones in rem wichtige Grundsatz zu erwähnen, daß, wenn die exc. rei jud. in ihrer negativen Funktion dazu angewendet werden sollte, den positiven Inhalt des Urtheils zu untergraben, dieselbe durch eine replicatio rei judicatae („si secundum me judicatum non est") elidirt werden kann, „evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est", l. 16. de exc. rei judic. Interessante Beispiele hierzu kommen in l. 16. §. 5. de pignor. (20, 1) und l. 9. §. 1. de exc. rei jud. vor, über welche beiden Stellen sich die treffliche Schrift Ribbentrop's comm. ad l. 16. §. 5. de pign. et l. 9. §. 1. de exc. rei jud. Goett. 1824 verbreitet; vgl. auch Keller S. 581 fgg., Bethmann-Hollweg in der Tüb. Zeitschr. V. S. 93 fgg., Buchka I. S. 146 fgg., Bachofen Pfandr. I. S. 634. — Für das Justinianische Recht kann von dieser ganzen negativen Funktion der exc. rei judic. keine Rede mehr sein. Erkennt man nämlich an, daß diese ganze prozessualische Konsumtion, deren Organ die exc. rei jud. in ihrer negativen Funktion ist, nicht erst durch das Urtheil herbeigeführt wurde, sondern schon durch die Litiskontestation, und daß man diese Wirkung, wenn einmal der Prozeß bis zur res judicata gediehen war, nach einem sehr natürlichen und leicht erklärlichen Sprachgebrauche allerdings zwar dem Namen nach an das Urtheil knüpfte, während dieselbe der Sache nach schon mit der Litiskontestation begründet war; erwägt man also, daß die exc. rei judicatae in dieser negativen Funktion schlechthin nichts weiter ist, als ein andrer Ausdruck für die exc. rei in judicium deductae: so versteht es sich schon ohne Weiteres von selbst, daß mit dem Wegfallen dieser letztren (§. 160) auch die erstre als weggefallen angenommen werden muß, und dies wird denn auch überdies schon dadurch vollständig bewiesen, daß wir nicht wohl im Stande wären, aus dem corpus juris diese negative Funktion der exc. rei judicatae zu konstruiren. Wenn wir jetzt, nachdem wir aus andren Quellen diese prozessualische Konsumtion des klassischen Rechts kennen gelernt haben, zahlreiche Spuren derselben auch in den Pandekten erkennen, so kann uns dies begreiflich nicht zu einer andren Ueberzeugung bestimmen. Auch wenn die Gehilfen Justinian's ihre schwierige Aufgabe sorgfältiger und geistvoller gelöst hätten, als sie es gethan haben, und nach ihrem wissenschaftlichen Standpunkte thun konnten: so würde es doch fast unmöglich gewesen sein, alle Spuren und Hinweisungen auf dieses in den Organismus des klassischen Rechts tief verwachsene Prinzip aus den

aufzunehmenden Stellen ganz auszumerzen; und in den weit meisten Fällen war auch wirklich die Aufnahme solcher Stellen um so ungefährlicher, da kein wesentlicher praktischer Irrthum daraus zu befürchten war. Nehmen wir also die Aufschlüsse, die uns die neu entdeckten Quellen über das Prinzip der prozessualischen Konsumtion geben, dankbar auf als wichtige Beiträge zur tieferen Einsicht in den Organismus des klassischen Rechts, und als sehr bedeutende Hülfsmittel für die Interpretation; aber hüten wir uns daraus praktische Folgerungen für das Justinianische Recht ziehen zu wollen! Diesem ist vielmehr die ganze Idee der prozessualischen Konsumtion fremd, und zwar nicht blos in Betreff der Litiskontestation, sondern auch eben so, und aus denselben Gründen, in Betreff der **res judicata**. Vgl. auch Francke im ziv. Arch. XXIII. S. 414 fgg., Wächter Handbuch III. S. 35 fgg., Buchka II. S. 1 fgg., Savigny S. 276 fgg.

III. Im Justinianischen Rechte hat demnach die **exc. rei judicatae** nur noch eine Funktion, die von Keller s. g. positive, die auf den Grundsatz basirt ist: **res judicata pro veritate habetur**, und deren Bedeutung dahin geht, daß sie mit Wirksamkeit einem jeden Anspruche entgegengesetzt werden kann, welcher mit dem Inhalte des Urtheils in Widerspruch stehen würde. Unter dem Inhalte des Urtheils ist aber natürlich (vgl. bes. Savigny S. 350 fgg.) nicht die abstrakte Entscheidung — Kondemnation oder Absolution — zu verstehen, sondern den eigentlichen Inhalt bilden die objektiven Gründe (die von Savigny s. g. Elemente) der Entscheidung, und durch sie bestimmt sich namentlich der Umfang der Rechtskraft, indem dieselbe dadurch sowohl über die abstrakte Entscheidung hinaus wesentlich erweitert, als auch umgekehrt in engere Schranken eingeschlossen werden kann. Das Erstre findet z. B. Statt, indem nicht blos die endliche Entscheidung selbst, sondern auch die Entscheidung über Legitimations-Punkte (s. unten V. 2.), und über Exzeptionen (wie die **exc. compensationis**, l. 7. §. 1. de comp., die **exc. justi dominii** u. dgl.) in Rechtskraft übergeht. Daß aber auch umgekehrt wegen der objektiven Entscheidungsgründe der Umfang der Rechtskraft enger werden kann, davon sind schon oben Anwendungen angedeutet worden (s. I. 4. S. 309.), und andre Beispiele finden sich in l. 7. §. 1. de comp. 16. 2. (wornach dann, wenn eine Kompensations-Einrede verworfen worden ist, unterschieden werden muß, ob die Verwerfung deßhalb geschah, weil keine Gegenforderung begründet sei, oder nur, weil diese Gegenforderung nicht kompensabel sei, indem im letztren Falle bei nochmaliger späterer Geltendmachung der Gegenforderung keine **exc. rei judi-**

catae zugelassen wird), und in l. 17. 18. de exc. rei judic. (wornach dann, wenn der Beklagte bei einer rei vindicatio oder einer actio ad exhibendum deßhalb absolvirt wird, weil er nicht besitzt, bei wiederholter Anstellung der Klage von der exc. rei judicatae keine Rede sein kann). — So gewiß es nun hiernach ist, daß die objektiven Entscheidungsgründe allerdings in Rechtskraft übergehen, eben weil hier wahre Entscheidungen vorliegen: so ist es doch auf der andren Seite eben so unzweifelhaft, daß bei den blos subjektiven Entscheidungs-Gründen, durch deren Erwägung der Richter zu seiner Entscheidung bestimmt worden ist, von einer Rechtskraft keine Rede sein kann. Vgl. vor Allen die treffliche Ausführung von Savigny a. a. O.

IV. Um die exc. rei judicatae mit Wirksamkeit vorschützen zu können, müssen aber zwei Voraussetzungen zusammentreffen; es muß nämlich bei dem neuen Anspruch, welchem die Einrede entgegengesetzt werden soll, ganz dieselbe Rechtsfrage wieder verhandelt worden, über welche schon in dem früheren Prozesse rechtskräftig entschieden ist; und es muß überdies der neue Rechtsstreit unter denselben Personen geführt werden, unter denen auch der frühere Prozeß verhandelt worden ist, l. 3. de exc. rei judic.

> *Ulp.* „**Julianus libro III. Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare,** *quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur*",

l. 7. §. 4. eod.:

> *Ulp.* „**Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat,** *quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur*, **vel alio genere judicii**".

Von diesen beiden Erfordernissen muß jetzt noch im Einzelnen gesprochen werden.

V. Was zunächst die objektive Identität, die Identität der Rechtsfrage anbelangt, so liegt in diesem Erfordernisse zweierlei. Nämlich erstlich, wenn dieselbe fehlt, so fällt auch die exc. rei judic. hinweg, sollte im Uebrigen auch der neue Prozeß mit dem früheren abgeurtheilten vielfach ähnlich sein. Und zweitens, wenn dieselbe vorhanden ist, so findet auch immer die exc. rei jud. Statt, sollten im Uebrigen auch nicht unbeträchtliche Verschiedenheiten zwischen dem jetzigen und dem früheren Prozesse Platz greifen. Von dem erstren Satze kommen z. B. Anwendungen vor bei einer possessorischen und einer petitorischen Klage in Betreff desselben Gegenstandes, l. 14. §. 3. de exc. rei jud., bei zwei konfessorischen Klagen, von denen die eine auf iter, die andre auf actus geht, l. 11. §. 6. eod., bei einer vindicatio und einer condictio

in Betreff desselben Gegenstandes, l. 31. eod. u. s. w., denn in allen diesen Fällen fällt die exc. rei jud. hinweg, weil in den beiden Prozessen nicht eadem quaestio verhandelt wird, Savigny S. 420. — Was aber den zweiten Satz betrifft, so dürften dabei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht kommen:

1) Wenn die Rechtsfrage wirklich identisch ist, so ist es gleichgiltig, ob gerade dieselbe Klage, oder ob eine andre Klage nachher angestellt wurde, indem auch im letztren Falle eine exc. rei judic. begründet ist, l. 5. de exc. rei jud.:

Ulp. „De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agit, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re";

l. 7. §. 4. eod. („vel alio genere judicii"); vgl. l. 28. §. 4. de jurejur. (12, 2), l. 27. §. 8. de pact. (2, 14). Davon kommen zahlreiche Anwendungen vor:

a) Wenn Jemand die hereditatis petitio angestellt hat, und damit abgewiesen ist, und nachher die rei vindicatio auf einzelne Erbschaftssachen oder eine Forderungsklage gegen einen Erbschaftsschuldner gebraucht — oder umgekehrt: so steht der zweiten Klage die exc. rei judicatae entgegen, l. 3. l. 7. §. 4. 5. h. t., denn das abweisende Urtheil bei der ersten Klage hat immer, wenigstens implicite, den Inhalt, Kläger sei nicht Erbe, und diesem Urtheile würde die zweite Klage widersprechen.

b) Wenn Jemand mit einer rei vindicatio rechtskräftig abgewiesen, und nachher gegen denselben eine actio Publiciana angestellt wird, so wird seine exceptio dominii durch eine replicatio rei judicatae entkräftet, l. 24. h. t.

c) Wenn die Kompensations-Einrede eines mit einer Forderungs-Klage Belangten rechtskräftig deßhalb verworfen wird, weil keine Gegenforderung begründet sei, und der Beklagte will späterhin diese Gegenforderung klageweise geltend machen, so ist die exc. rei judicatae begründet, l. 7. §. 1. de comp. (16, 2), vgl. l. 8. §. 2. de neg. gest. (3, 5), l. 1. §. 4. de contr. tut. (27, 4).

d) Wenn eine rei vindicatio oder e. hereditatis petitio auf einen Theil einer Sache oder einer Erbschaft rechtskräftig abgewiesen ist, so steht einer nachher angestellten actio communi dividundo oder familiae hercisc. die exc. rei judic. entgegen, l. 8, l. 11. §. 3. h. t., vgl. l. 25. §. 8. fam. herc. (10, 2), und über diese letztre Stelle Keller S. 364 fgg.

e) Wenn aus einem Delikt sowohl eine actio rei persesecutoria, als eine actio poenalis hervorgeht, und der Kläger ist mit einer von beiden wegen nicht existenten Delikts abgewiesen:

so kann der andren die exc. rei judicatae mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden, arg. l. 13. §. 2; l. 28. §. 6. 7. de jurejur. (12, 2). Doch ist dies nicht unbestritten, indem z. B. Kierulff Theorie I. S. 268 und Buchka I. S. 312 fgg. a. M. sind, vgl. aber dagegen Keller S. 280 fgg., Savigny S. 452 fgg.

2) Aus einigen der angeführten Beispiele (vgl. lit. a.) geht hervor, daß die Einrede der Rechtskraft auch dann begründet ist, wenn in dem früheren Prozeß über einen Punkt nicht principaliter, sondern nur incidenter, also namentlich zum Zweck der legitimatio ad causam entschieden worden ist, und dieses Ergebniß wird auch noch wesentlich unterstützt durch die römischen Grundsätze über die exc. praejudicialis, vgl. z. B. l. 13. 16. 18. de except. (44, 1) (vgl. über diese Einrede Brackenhöft Ident. und Konnex. §. 19. S. 373 fgg. und Planck Mehrheit der Rechtsstreit. §. 26 fgg. S. 178 fgg.). Dennoch sind Manche andrer Ansicht, indem sie davon ausgehen, daß der römische Richter solche Präjudizialpunkte zwar allerdings untersucht, und das Resultat dieser Untersuchung bei der Entscheidung der Hauptsache zu Grunde gelegt, aber dieselben doch nicht eigentlich entschieden habe, weßhalb auch von einer Rechtskraft keine Rede sein könne; vgl. z. B. Planck a. a. O. S. 57 fgg., Buchka I. S. 300 fgg. Die Gründe, die hierfür angeführt werden, sind aber gewiß unzureichend. Wenn nämlich allerdings in l. 5. §. 8. 9. de agn. et al. lib. (25, 3) und in l. 15. §. 4. de re judic. (42, 1) die eben angedeutete Behandlungsweise unzweifelhaft anerkannt ist, so hat dies doch lediglich seinen Grund in der besondren Natur der hier entschiedenen Fälle, indem gerade hierbei nach spezieller gesetzlicher Vorschrift der Präjudizialpunkt nur vorläufig und im Allgemeinen *(summatim)* untersucht werden soll, und deßhalb natürlich von einer rechtskräftigen Entscheidung desselben keine Rede sein kann. Was die l. 17. de except. (44, 1) betrifft, so muß man zwar allerdings Buchka'n einräumen, daß dieselbe nicht von der exc. praejudicialis, wie ihre Stellung zwischen l. 16 und 18. eod. erwarten ließe, sondern wirklich von der exc. rei judicatae redet; wenn aber Buchka hierbei supponirt, die actio confessoria sei deßhalb abgewiesen worden, weil dem Kläger sein behauptetes Eigenthum an dem praedium dominans aberkannt sei, so ist diese Voraussetzung völlig willkürlich, und doch würde gerade nur unter dieser Voraussetzung die Stelle einige Bedeutung für unsre Frage haben. Was endlich die l. 1. C. de ord. jud. (3, 8) anbelangt, so berührt sie offenbar unsre Frage gar nicht, indem daraus nur hervorgeht, daß der Richter der Hauptsache einen Präjudizialpunkt selbst dann zu untersuchen hat, wenn er auch an und für sich für

denselben gar nicht kompetent ist; welche Wirkung aber eine solche Untersuchung für einen späteren Prozeß habe, ist hier weder direkt noch indirekt entschieden. Vgl. überhaupt Savigny S. 429 fgg.; für das heutige Recht vertheidigt auch Buchka II. S. 183 fgg. die richtige Ansicht.

3) Wenn in unsren Gesetzen öfter die Identität des Gegenstandes als Erforderniß der exc. rei judicatae angeführt wird, vgl. bes. l. 12. 13. h. t.:

Paul. et *Ulp.*: „Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne? inspiciendum est, an *idem corpus sit, quantitas eadem* — —“:

so hat dies seinen Grund doch nur darin, weil der Regel nach nur dann, wenn eadem *res* vorhanden ist, auch eadem *quaestio* angenommen werden kann; und wenn sich dies also doch einmal anders verhält, wenn also einmal ungeachtet der Verschiedenheit des Gegenstands doch die Rechtsfrage in beiden Prozessen identisch ist, so kommt es bei der exc. rei judicatae auf die Identität des Gegenstands nicht an. Zu näherer Erläuterung bemerke man:

a) Wenn Jemand zuerst ein Ganzes, und nachher einen Theil dieses Ganzen einklagt, so findet die exc. rei judic. Statt, z. B. wenn Jemand zuerst einen fundus und dann einen reellen oder ideellen Theil desselben, oder zuerst eine Heerde und dann einzelne Thiere daraus, oder zuerst einen fundus und dann einzelne abgehauene Bäume daraus u. s. w. einklagen will, l. 7. pr., l. 21. §. 1. 2. h. t. Daß sich diese Entscheidungen sehr leicht aus der negativen Funktion der exc. rei jud. erklären lassen, leuchtet von selbst ein, daß sie aber nur daraus erklärt werden könnten, wie ich in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs annahm, muß ich jetzt in Abrede stellen. Nach den Grundsätzen des neueren Rechts ist nämlich in solchen Fällen die Klagbitte so aufzufassen, daß der Richter dem Kläger das Ganze, oder soviel vom Ganzen ihm gebühren möchte, zusprechen solle, und wenn nun der Richter den Kläger vollständig abweis't, so liegt darin, wenigstens implicite, der Ausspruch, daß dem Kläger gar nichts gebühre, so daß also allerdings die neue Klage auf einen Theil mit dem materiellen Inhalte des Urtheils in Widerspruch treten würde, vgl. auch Wächter S. 44 fgg, Savigny S. 303 fgg., S. 446 fgg. — Den oben angedeuteten Beispielen fügt Ulpian in den Schlußworten von l. 7. pr. cit. noch die andren zu, wenn Jemand zuerst ein Haus, und später nach dem Einsturz oder der Abtragung desselben, einzelne Balken desselben, oder zuerst ein Schiff und nachher einzelne Planken davon vindizirt. So unzweifelhaft richtig nun auch diese Entscheidung ist, wenn die spätere Vindikation der

tigna oder **tabulae** gerade auf das Eigenthum des Ganzen gegründet ist — und von diesem Falle muß **l. 7. pr. cit.** verstanden werden —: so ist doch gerade hierbei auch möglich, daß die spätere Vindikation sich auf einen selbstständigen Eigenthums-Erwerb der **tigna** oder **tabulae** vor der Verbindung mit dem Hause oder dem Schiffe gründet, und in diesem Falle fällt die **exc. rei judic.** hinweg, wie auch Ulpian **l. 7. §. 2. h. t.** anerkennt, welcher Ausspruch also mit dem im **princ.** Gesagten in keinem wahren Widerspruche steht. (Der scharfsinnige Vorschlag S a v i g n y's S. 503 fgg., in **l. 7. cit.** das **principium** mit den Worten „**nam nocebit exceptio**" zu schließen, wornach dann die darauf folgenden Beispiele zusammen mit dem in §. 1. angeführten, als p r o b l e m a t i s c h von Ulpian hingestellt sein würden, und auf sie alle die folgenden Worte „**utrum idem petere videor, an aliud, magnae quaestionis est**" sich bezögen, dieser scharfsinnige Vorschlag, sage ich, hat doch erhebliche sprachliche und sachliche Bedenken gegen sich, z. B. das Fehlen des *item* vor den Worten „**si anc. praegn. petiero**", der grammatisch nicht zu rechtfertigende Wechsel des Subjekts im Vorder- und Nachsatz [„ **si** *quis* **fundum petierit — —, utrum idem petere** *videor*"], das Zusammenwerfen völlig ungleichartiger Beispiele in dem so gebildeten §. 1, so wie insbesondre auch der Umstand, daß doch in der That mehrere der hier genannten Beispiele gar nicht problematisch sind, wie namentlich der Fall von dem **fundus** und den **arbores excisae**, und der Fall von der **insula** und der **area**; vgl. auch *Basil.* 41. 2. 7).

b) Wenn Jemand zuerst eine Sklavin fordert, nachher aber ein Kind derselben, welches nach der Lit. Kont. konzipirt worden ist, so steht ihm die **exc. rei jud.** entgegen, **l. 7. §. 1. h. t.**, gewiß nicht wegen der negativen Funktion der Einrede, denn da das Kind erst nach der Lit. Kont. konzipirt war, so war es gar nicht **in judicium** deduzirt, wohl aber wegen der positiven Funktion, denn in dem ersten Urtheil, daß der Kläger nicht Eigenthümer der Sklavin sei, ist auch der Folgesatz enthalten, daß ihm das Sklavenkind nicht zugehöre; da aber die letztre Funktion nur allmählig durch die römische Jurisprudenz entwickelt wurde, so erklärt es sich, daß diese Entscheidung lange streitig war („**magnae quaestionis est**", **l. 7. §. 1. cit.**). — Der Widerspruch, der zwischen **l. 7. §. 1.** und **l. 7. §. 3.** vorhanden zu sein scheint, hebt sich doch wohl dadurch, daß man in der letztren Stelle einen s i e g r e i c h e n Kläger supponiren muß, worauf auch die Worte „**plane si in restitutionem" rel.** deutlich genug hinweisen, vgl. auch B r a c k e n h ö f t Ident. S. 214 fgg.; die Aushilfe Savigny's

S. 508, in §. 3. das *non* wegzulassen, ist nicht nur willkürlich, vgl. auch **Basil. cit.**, sondern auch darum bedenklich, weil der folg. Satz „**plane si**“ etc. offenbar einen Gegensatz bilden soll, während nach Savigny's Vorschlag die Entscheidung in beiden Sätzen dieselbe sein würde.

c) Wird zuerst auf einen Theil geklagt, und dann nach der Abweisung die Klage auf das Ganze angestellt, so ist zwar soviel gewiß, daß diese neue Klage in Betreff des in dem früheren Prozeß abgesprochenen Theils zurückgewiesen werden muß; was aber das Schicksal der Klage in Betreff der übrigen Theile anbelangt, so fällt hier regelmäßig die **exc. rei jud.** hinweg, es müßte denn ein Anspruch auf die übrigen Theile für sich allein gar nicht möglich sein, vgl. **l. 26. pr. de exc. rei jud.**

d) Wer nur den Nießbrauch eines Theils hat, aber das Ganze einklagt und abgewiesen ist, braucht nicht die **exc. rei jud.** zu fürchten, wenn er nachher eine Klage auf einen Theil, auf den Grund des Anwachsungsrechts, anstellt, **l. 14. §. 1. h. t.** Die negative Funktion der **exc. rei jud.** konnte hier nämlich nicht entscheiden, weil die neue Klage auf einen erst später entstandenen Grund, das Anwachsungsrecht, basirt wurde, und eben so wenig kann auch die **exc. rei jud.** in ihrer positiven Funktion hier angewendet werden, weil die zweite Klage mit dem Resultat des ersten Urtheils nicht in Widerspruch steht, denn ein Nießbrauch kann Jemanden akkresziren, welcher gar keinen Theil mehr am Nießbrauch hat (**usufructus non portioni, sed personae accrescit**), vgl. unten §. 554. Anm., und damit fällt auch jeder Widerspruch mit den Entscheidungen der **l. 7. pr. h. t.** (s. oben **lit. a**) hinweg. — Hieraus erklärt sich auch von selbst die vielbesprochene (**cf.** *Schult.* **ad h. l.**, Keller S. 278 fgg.) **l. 33. §. 1. de usufr. (7, 1)**:

> ***Papinian.*** **„Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit; unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit Julianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus accresceret“.**

e) Wenn der Gegenstand des früheren Rechtsstreits nur eine einzelne Zinsenforderung war, in dem späteren Prozesse werden aber Zinsen für eine andre Zeit, oder es wird das Kapital gefordert, so hängt Alles davon ab, ob in dem früheren Prozeß blos über die Zinsen, oder ob auch über die Kapitalschuld verhandelt worden ist. Im letztren Falle ist ungeachtet des beschränkten Hauptgegenstandes doch über das ganze Recht rechtskräftig entschieden, und

wenn also der Kläger wegen nicht vorhandener Kapitalforderung mit seiner Klage abgewiesen war, so steht der späteren Klage unbedenklich eine **exc. rei jud.** entgegen. Die **l. 23. h. t.** muß gewiß von einem Falle verstanden werden, in welchem in dem früheren Prozesse lediglich über die Zinsenforderung verhandelt worden ist. — Ganz dieselbe Unterscheidung muß auch dann Platz greifen, wenn in dem früheren Prozesse nur eine einzelne Terminzahlung, oder eine einzelne Grundzins-Rate u. dgl. eingefordert wird. Vgl. überhaupt Arnold S. 268 fgg., Savigny S. 451 fgg., und für das neueste Recht auch Buchka II. S. 184 fgg.

4) Bei der Frage: ob die Angabe eines andern Entstehungsgrunds bei der zweiten Klage die **exc. rei jud.** ausschließe? muß nothwendig zwischen **actiones in personam** und **actiones in rem** unterschieden werden. Die **obligatio** ist nämlich eine ganz verschiedene nach Verschiedenheit ihrer Entstehungsgründe, und wenn man also eine bestimmte Leistung in einem zweiten Prozesse aus einem andren Grunde fordert, so kann die **exc. rei jud.** in keiner ihrer beiden Funktionen entgegensetzt werden, **l. 14. §. 2. h. t.** Aber das dingliche Recht bleibt trotz der verschiedenen Erwerbarten immer dasselbe „**neque enim amplius quam semel res mea esse potest**", weshalb denn hier auch „**omnes causae una petitione apprehenduntur**", **l. 14. §. 2. cit.**, und daraus geht denn auch von selbst hervor, daß eine dingliche Klage nicht wegen Angabe eines andern Entstehungsgrunds des Rechts wiederholt werden darf, **l. 11. pr. §. 1 5., l. 30. pr. h. t.**, nur daß eine nachherige Erwerbung die **exc. rei jud.** allerdings ausschließen muß, **l. 11. §. 4. 5., l. 14. §. 1, l. 21. §. 3., l. 25. pr. h. t.** Doch aber ist die Annahme sehr gewöhnlich, wenn man *adjecta s. expressa causa* klage, d. h. einen bestimmten Entstehungsgrund des Rechts im Klaglibell angebe, so könne man dadurch der **exc. rei jud.** in Bezug auf jeden andern Entstehungsgrund vorbeugen, vgl. z. B. auch noch Keller S. 287 fgg., Heffter im Rhein. Mus. III., S. 222 fgg., Brackenhöft a. a. O. S. 237 fgg., Arnold a. a. O. S. 289 fgg., Savigny S. 514 fgg.; eine Annahme, die sich auf **l. 11. §. 2. h. t.** („**Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit; si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione**"), und **l. 14. §. 2. eod.** stützt, in welcher letztern Stelle Paulus sagt: „**Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago** *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico*, **omnes**

causae una petitione apprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest“. Man kann aber dieser Annahme nicht beistimmen. In der ersten Stelle ist nämlich offenbar von einem dominium *postea* acquisitum die Rede, und in der zweiten wird durch die Worte: non expressa causa nicht eine Bedingung ausgedrückt, deren Nichteintritt auch möglich wäre, sondern eine nothwendige Eigenschaft der Formel, in welche eben der Grund der Entscheidung gesetzt wird. Man darf also nicht mit dem deutschen Korp. jur. Bd. IV. S. 540. so übersetzen: „wenn ich eine dingliche Klage erhebe, ohne den Grund ausdrücklich hervorzuheben — —, so sind alle Gründe in der einzigen Klage begriffen“, sondern man muß so übertragen: bei einer dinglichen Klage werden immer alle causae in judicium deduzirt, weil dabei nicht eine einzelne Erwerbart in der Formel hervorgehoben wird. Vgl. bes. Puchta im Rhein. Mus. II. S. 251 fgg., der auch diese richtige Ansicht gegen die abweichende Ausführung Heffter's a. a. O. ausführlich vertheidigte, ebendas. III. S. 467 fgg., s. auch Zimmern III. S. 152. Not. 7., S. 422., Sintenis Erl. I. S. 220 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 349, Buchka I. S. 145 fgg. (welcher jedoch II. S. 192 fgg. für das heutige Recht a. M. ist.).

V. In Betreff der subjektiven Voraussetzung der exc. rei jud. muß das allgemeine Prinzip aufgestellt werden, daß die exc. rei jud. nur dann Statt findet, wenn die neue Klage *inter easdem personas* verhandelt wird, l. 1. 3. 7. §. 4., l. 22., l. 29. h. t., l. 31. de judic. (5, 1), l. 11. §. 3., l. 12. de jurejur. (12, 2), l. 63. de re judic. (42, 1), l. 2., l. ult. C. quib. res jud. non noc. Doch sind folgende Modifikationen dieses Satzes zu bemerken:

1) Was zunächst die prozessualische Stellvertretung anbelangt, so gilt im Justinianischen Recht der einfache Grundsatz, daß die exc. rei jud. Jedem, aber auch nur dem opponirt werden kann, welcher mit seinem Willen oder durch seinen Vormund repräsentirt worden ist, daß aber zur Erwerbung der Einrede jede Stellvertretung genügt, namentlich auch die des blosen Defensor, l. 11. §. 7. h. t.: Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei jud. hae personae continerentur, quae rem in judicium deducunt. Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit. Vgl. auch l. 56. de judic. (5, 1), l. 27. 66. de procuratorib. (3, 3), l. 17. §. 2. de jurejur.

(12, 2), l. 1. C. quib. res jud. n. noc. Ueber das Vorjustinianische Recht und dessen allmählige Fortbildung (*Gai.* IV. §. 97—99.; Vat. fr. §. 317. 331. 333.) s. bes. Keller §. 38—43. S. 303 fgg., §. 44. S. 359 fgg.

2) Die exc. rei jud. geht aktiv und passiv nicht nur auf den Universal= (was sich von selbst versteht), sondern auch auf den Singular=Successor über, l. 9. §. 2., l. 11. §. 3. 9. 10., l. 28. 29. §. 1. h. t., l. 3. §. 1. de pignorib. (20, 1), worunter man auch denjenigen begreifen muß, dem ein jus in re aliena konstituirt ist. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß dies nur unter der Voraussetzung wahr ist, wenn die Uebertragung während des Prozesses, l. 11. §. 10. cit., oder nach demselben vorgenommen ist, l. 29. §. 1. cit.

3) Wenn Jemand wissentlich seinen Auktor einen Prozeß führen läßt, dessen Ausgang auch implicite über sein Recht entscheidet, so muß er sich die exc. rei jud. gefallen lassen, l. 63. de re judic. Dies tritt z. B. ein, wenn der Käufer den Verkäufer, der Pfandgläubiger den Verpfänder wissentlich prozessiren läßt, ohne zu interveniren, während dies nicht auch auf solche Fälle angewendet werden kann, wenn der Miterbe wissentlich den Miterben wegen einer Erbschaftsschuld belangen läßt, vgl. l. 63. cit. Vgl. Keller S. 368 fgg., Brackenhöft Ident. S. 193 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 343. Not. 22, Arnold a. a. O. S. 306 fgg., Savigny S. 476 fgg.

4) Die Untheilbarkeit der Realservituten bringt es mit sich, daß das Urtheil, welches der eine Miteigenthümer erwirkte, eine exc. rei jud. auch für und gegen den andern hervorbringt, l. 4. §. 3. 4. si servit. vindic. (8, 5), vgl. l. 19. eod., l. 1. §. 5. de arbor. caed. (43, 27).

5) Wenn gegen Jemanden eine Popularklage ordentlich durchgeführt ist, so gewinnt derselbe gegen jeden spätern Kläger die exc. rei jud., l. 3. pr. de popul. act. (47, 23), l. 45. §. 1. de procurat. (3, 3), l. 30, §. 3. de jurejur. (12, 2), l. 3. §. 13. de lib. hom. exhib. (43, 29).

6) Ein gegen einen Testamentserben gefälltes Urtheil verschafft dem Sieger auch eine Einrede gegen die Vermächtnißnehmer, es müßte denn der Erbe nur als contumax verurtheilt, oder eine Kollusion zwischen ihm und den Intestaterben vorgekommen sein, l. 3. pr. de pignorib. (20, 1), l. 8. §. 16., l. 17. §. 1. de inoff. test. (5, 2), l. 50. §. 1. de legat. I., l. 1. de exc. rei judic., l. 14. de appellat. (49, 1). Unter Kollusion hat man aber nicht blos an eigentliches Einverständniß zwischen den beiden Litiganten zu denken, sondern es gehört auch dahin schon

die grob nachläßige Prozeßführung des Testamentserben, wie z. B. wenn er von einem ungerechten Urtheil nicht appellirt, l. 50. §. 1. cit. So aufgefaßt verschwindet jeder Widerspruch der vielbesprochenen (cf. Schulting ad h. l.), l. 50. cit. mit l. 3. de pignorib., und man darf gewiß nicht mit *Cujac.* obss. II. 17. das *non* vor nocebit legatariis wegwerfen; vgl. Keller S. 385. Not. 8. S. 388 fgg. Not. 12., Zimmern III. §. 140. Not. 7., Mühlenbruch Komm. XXXV. S. 376. Not. 71.; s. auch *Hofstaetter*, comm. ad l. 50. de legat. I. Monach. 1829.

7) Wenn über den status einer Person einem justus contradictor gegenüber [l. 3. de collus. deteg. (40, 16)], ohne Kollusion (l. 1. 2. pr. §. 4., l. 4., l. ult. de collus. deteg.) ein Urtheil gefällt ist, so hat dies regelmäßig eine allgemeine Geltung gegen Jeden, so daß z. B. der, welcher durch Urtheil als Sohn des A. anerkannt ist, auch wenn er es nicht wirklich sein sollte, doch als consanguineus der wirklichen Söhne des A. gelten muß, l. 1. §. ult., l. 2. 3. de agnosc. v. alend. lib. (25, 3), l. 25. de statu hom. (1, 5), l. 24. de dolo (4, 3) (die oft auch hierher gezogene l. 29. de exc. rei jud. verb.: nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate judicatam, gehört gar nicht hierher, vgl. die treffliche Erklärung dieses regelmäßig nicht verstandenen Gesetzes bei Keller S. 399 fgg.). Nur kann dies nicht so weit gehen, daß auch demjenigen Dritten die Verfolgung seines Rechts benommen sein sollte, welcher selbst das Eigenthum, Patronat, die väterliche Gewalt oder Paternität für sich in Anspruch nimmt, l. 1. 5. si ingenuus dicetur (40, 14), l. 9. pr., l. 42. de liber. causa (40, 12), Keller §. 47., Brackenhöft Ident. §. 20. S. 402 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 345. Not. 33., Savigny S. 471 fgg.

8) Bei der Korreal-Obligation, und folgeweise auch bei dem Verhältniß der Bürgen unter einander und zum Hauptschuldner, galt im klassischen römischen Rechte die einfache Regel, daß durch den Prozeß mit dem Einen der möglichen Beklagten alle Andren liberirt wurden, so daß also einem Jeden von ihnen, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, und ohne Rücksicht darauf, wie weit der Kläger dadurch zu seiner Befriedigung gelangt war, die exc. rei in judicium deductae oder exc. rei judicatae zustand, Cic. ad Att. XVI. 15, Paul. II. 17. §. 16, l. 2. de duob. reis (45, 2), l. 5. fin. de fidej. (46, 1), l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), vgl. auch §. 573. Anm. 5. War das Urtheil absolvirend, so trat überdies die exc. rei judicatae auch in ihrer positiven Funktion ein, ganz so, wie wenn der eine Korreus sich durch Eid liberirt hätte, l. 42. §. 3. de jurejur.: Item si

reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterum eorum utrique proficeret; vgl. l. 28. §. 1. 3., l. 42. pr. §. 1. 2. eod. — Justinian verordnete aber in l. 28. C. de fidej. (8, 41), es solle bei Bürgschaften und Korreal-Obligationen nicht mehr die Lit. Kontestation mit dem Einen den Andren liberiren, sondern nur erst die wirkliche Befriedigung, und damit ist denn zugleich ausgesprochen, daß auch die blose Verurtheilung des Einen den Andren noch nicht befreit, und also die exc. rei judicatae in ihrer negativen Funktion für die Uebrigen wegfällt. Offenbar aber kann dies nicht auch auf die positive Funktion dieser Einrede bezogen werden, und wenn also der eine Korreus absolvirt wird — natürlich aus einem, den objektiven Bestand der obligatio betreffenden Grunde —, so muß auch noch nach neuestem Rechte den übrigen Korrei die exc. rei jud. zur Seite stehen. — Daß dies nicht bei blos solidarischen Verbindlichkeiten der Fall sei, geht von selbst aus der Grundverschiedenheit derselben von der Korreal-Obligation hervor (vgl. §. 573), und wird überdies sehr bestimmt durch l. 52. §. 3. de fidej. (46, 1) bestätigt. Vgl. überhaupt Keller S. 414 fgg. S. 435 fgg., Ribbentrop zur Lehre von den Korrealoblig. §. 1—9, §. 28, Wächter a. a. O. S. 17 fgg. S. 56 fgg., Buchka a. a. O. I. S. 103 fgg. II. S. 34 fgg.

9) Wenn aus einer obligatio zwischen zwei bestimmten Personen eine Klage gegen einen aus besondren Gründen verpflichteten Dritten Platz greift, wie dies namentlich der Fall ist bei den s. g. actiones adjecticiae qualitatis gegen den Vater, Herrn, oder Mandanten aus Obligationen der Hauskinder, Sklaven oder Mandatare (actio de peculio, de in rem verso, exercitoria etc.): so mußte auch hierbei das Prinzip der prozessualischen Konsumtion dahin führen, daß durch den Prozeß gegen Einen der möglichen Beklagten alle Uebrigen liberirt wurden, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit der Kläger dadurch zu seiner Befriedigung gelangt war, l. 32. pr. de pecul. (15, 1), l. 1. §. penult. de exerc. act. (14, 1), l. 4. §. 5. quod cum eo, qui in al. pot. (14, 5), l. 9. §. 1. de trib. act. (14, 4); *Keller* comm. ad leg. Si ex duobus 32 pr. §. 1. de pecul. Goett. 1823, Ders. Lit. Kont. und Urth. S. 413 fgg. S. 420 fgg., Wächter S. 19 fgg., Buchka I. S. 122 fgg. Schon das klassische röm. Recht gewährte gegen die hieraus unvermeidlich hervorgehenden Härten mehrfache Hülfsmittel, vgl. Keller in den angeff. comm. und Lit. Kont. S. 544 fgg. Für das Justinianische Recht versteht sich aber, in Gemäßheit der bisher entwickelten allgemeinen Grundsätze, ganz von selbst, daß das Prinzip der pro-

zessualischen Konsumtion auch in dieser besondren Anwendung als weggefallen angenommen werden muß (vgl. auch die gewiß in Folge hiervon interpolirte l. 30. §. 4. de pecul., Francke im ziv Arch. XXIII. S. 400. Not. 22, S. 420), und es sich also jetzt hiermit gerade so verhält, wie dies vorher bei Nr. 8 für den Fall der Korreal-Obligation dargestellt worden ist; vgl. auch Wächter S. 60 fgg., Buchka II. S. 37 fgg.

---

3) Condemnatio in id, quod debitor facere potest.
§. 174.

Lauterbach de benef. comp., in Diss. acad. I. 13; *Hellfeld* de benef. comp. ex proprio aeque ac tertii jure, in opp. min. I. 25; Schöman Handb. II. Nr. 4. S. 63 fgg., *Hollius* in der biblioth. du Jurisconsulte et du Publiciste tom. I. p. 387 sqq., Francke im ziv. Arch. XXIII. 14, Sintenis von der prozess. Natur des benef. comp., in der Gieß. Zeitschr. XV. 13. Vgl. auch Unterholzner Schuldverh. I. §. 181 fgg. S. 380 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. II. §. 91. S. 161 fgg.

Anm. 1. Man versteht jetzt unter dem **benef. condemnationis, in quant. deb. fac. pot.**, oder dem s. g. **benef. competentiae s. deductionis** das gewissen Personen zustehende singuläre Recht, von dem Gläubiger verlangen zu können, daß er ihnen bei Realisirung seiner Forderung den nothwendigen Unterhalt lasse. Man muß aber vielmehr so sagen: das eigentliche **beneficium cond. in quant. deb. fac. pot.** bestand ursprünglich darin, daß der Schuldner nur bis zum Belauf seines Vermögens zur Zeit der Kondemnation verurtheilt werden durfte, und also für den Rest völlige Befreiung eintrat; und diese Rechtswohlthat ist dann später dahin erweitert worden, daß auf einen solchen begünstigten Schuldner auch bei der Exekution insofern billige Rücksicht genommen werden mußte, daß ihm die nothwendigen Subsistenz-Mittel für sich und seine Familie nicht entzogen werden durften. Die wesentlichsten Beweise hierfür liegen in Folgenden:

a) Entscheidend spricht wohl für jene Grundansicht schon der Name, s. bes. **l. 82. ad leg. Falcid.** (35, 2) und vgl. auch **l. 21. de re judic.** (42, 1), **l. 49. de pact.** (2, 14), **§. 37. J. de actionib.** (4, 6), wo jener Name als synonym mit: **ut non ultra facultates damnetur** erscheint.

b) Ganz in der angegebenen Weise kommt jene Rechts

wohlthat bei Theoph. IV. 6. §. 37. vor; denn nachdem dort gesagt ist, daß die Frau bei Zurückforderung der Dos nicht immer das Ganze bekomme, sed quatenus facultates meae patiuntur, fährt Theophilus so fort: „Et si quidem concurrat quantitas bonorum meorum cum quantitate dotis, solidum mulier consecutura est. Sin vero, cum dos centum aureorum esset, facultates meae tantum quinquaginta colligant, in quinquaginta condemnabor; eatenus enim facere possum".

c) Vorzüglich beweisend ist l. 19. §. 1. de re judic. (42, 1):

„Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat".

Hier ist in der That so deutlich, wie möglich, ein zweifaches beneficium ganz in der oben angedeuteten Art unterschieden, und Thibaut's Erklärung dieser Stelle bedarf gewiß keiner besondern Widerlegung. Derselbe meint nämlich in seinen ziv. Abh. S. 349.: da der Schenker das exorbitante Vorrecht genieße, daß auch das vorabgezogen werden könne, was er andren Kreditoren schulde, so sei ein Zweifel entstanden, ob er sich daneben auch noch besondre Fonds für seine Alimentation zurückbehalten dürfe, denn es habe ja leicht geschehen können, daß jene andren Kreditoren ihn in Ruhe ließen, und er also dann solche besondre Fonds gar nicht nöthig habe. Diesen Zweifel habe Paulus in l. 9. cit. beseitigen wollen, aber er habe nicht daran gedacht, ein Kondemnations- und ein Exekutions-Benefizium unterscheiden zu wollen; vgl. auch Unterholzner S. 381. Not. d. a. E. — Gewiß hätte Paulus hier etwas sehr Ueberflüssiges gethan; denn da das ganze Benefizium nach Thibauts Meinung darin besteht, daß man sich die Alimente abziehen darf, und da es auch gewiß war, daß der Schenker dieses Benefizium habe, so wäre ein Zweifel darüber, ob sich der Schenker die Alimente abziehen dürfe, so lächerlich gewesen, daß hier höchstens eine responsio Celsina am Platz gewesen wäre.

Auf den hier angedeuteten Grundcharakter dieser Rechtswohlthat machte zuerst Schöman Handb. II. S. 63 fgg. aufmerksam, aber er irrte insofern, daß er das Exekutions-Benefizium nicht als regelmäßig mit dem Kondemnations-Benefizium verbunden annahm, sondern dasselbe nur in drei Fällen statuiren wollte, nämlich bei dem Schenker, den Eltern und Kindern, und dem Schuldner, welcher bonis zedirt hatte, und nachher doch wieder belangt wurde,

l. 19. §. 1., l. 30. de re judic., l. 6. de cess.bonor. Dies ist aber, wenigstens für das spätere Pandekten-Recht, falsch, indem hiernach stets das Kondemn. Benef. auch das Exekut. Benef. nach sich zog, wodurch es denn auch dahin kam, daß man mit dem Namen condemnatio in quantum debitor facere potest, beide Rechtswohlthaten zusammen zu bezeichnen pflegte. Die Hauptstelle für diese spätre Gestaltung ist die l. 173. pr. de R. J.:

„In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant".

Mit dieser, freilich wesentlichen, Modifikation ist dann auch die Schöman'sche Meinung von mehrern Neuern gebilligt worden; vgl. namentlich *Holtius* a. a. O. pag. 390 sqq., v. Schröter in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 76 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 141., Mühlenbruch, Lehrb. I. §. 154. Not. 2., Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. II. §. 198. und Erl. zu Wening H. III. S. 111 fgg.

Im Einzelnen gelten hier aber noch folgende Grundsätze:

1) Wer unsrer Rechtswohlthat genießt, kann verlangen, daß er nur auf soviel verurtheilt werde, als sein Vermögen im Augenblick der Kondemnation beträgt, l. 63. §. 6. pro soc., l. 15. pr., l. 53. sol. matr. (24, 3). Was er etwa noch andren Gläubigern schuldet, wird nicht berücksichtigt, wovon nur beim Schenker eine Ausnahme vorkommt, l. 63. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 12. de donat. (39, 5), l. 16. 19. pr. §. 1., l. 49. 50. de re judic., (vgl. auch noch Unterholzner S. 387 fgg., Rudorff Grundriß §. 232. Anm. 2.), wohl aber wird dem wirklichen Bestand des Vermögens auch dasjenige zugerechnet, was durch den dolus des Schuldners aus seinem Vermögen gekommen ist, l. 63. pr. §. 7. pro soc., l. 18. §. 1. sol. matr. Ist nun hiernach der Schuldner auf weniger, als die Schuld beträgt, kondemnirt worden, so wurde er nach früherem klassischem Rechte für den Rest vollständig befreit, indem hier die Grundsätze der prozessualischen Konsumtion eingreifen mußten, was zwar Sintenis in der angef. Abh. S. 327 fgg. in Abrede stellt, aber gewiß mit Unrecht. Doch konnte den daraus hervorgehenden Härten dadurch vorgebeugt werden, daß sich der Gläubiger eine Kaution dahin bestellen ließ, daß ihm bei neuem Vermögens-Erwerb Nachzahlung geschehe; was freilich nur in zwei Fällen, nämlich bei der actio pro socio und der actio ex stipulatu de dote besonders angeführt wird, l. 63. §. 4. pro soc. (17, 2), l. 47. §. 2. de pecul. (15, 1), l. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5, 13), was aber doch wohl auch in den übrigen Fällen der Kompetenz-Wohlthat gleichmäßig Anwendung fand, vgl. auch

Francke S. 399 fgg., Sintenis S. 325 fgg., Unterholzner S. 389. Not. u. Wie dem aber auch sei, so muß doch für das Justinianische Recht nach Aufhebung des Prinzips der prozessualischen Konsumtion dem Gläubiger unbedenklich die Nachforderung des Rests, nach verbesserten Umständen des Schuldners, gestattet sein, ohne daß es dazu erst noch einer Vermittlung durch Kaution bedarf, und wenn dieselbe doch noch von Justinian selbst in der l. un. §. 7. C. cit. angeführt wird, so beweis't dies nur, daß dieselbe allerdings auch noch jetzt bestellt zu werden pflegte, aber keineswegs, daß sie für den Gläubiger wirklich nothwendig sei.

2) Eine fernere Folge unsrer Rechtswohlthat ist aber nach dem Obigen auch noch die, daß nicht einmal Alles, worauf der Schuldner kondemnirt ist, auch exequirt werden kann; sondern derselbe kann sich noch soviel abziehen, als er zum Lebensunterhalt für sich und seine Familie nöthig hat. Was aber der Gläubiger durch dieses anderweite Benefizium verliert, konnte er auch schon nach früherem Rechte, wenn der Schuldner wieder zu Kräften gekommen ist, von demselben nachfordern, indem für diesen Fall von einer Konsumtion der Klage keine Rede sein konnte.

3) Die Rechtswohlthat kann nur auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden, so daß namentlich eine Zurückforderung des Gezahlten nicht Statt findet, l. 8. 9. de cond. indeb. (12, 6). Allerdings aber kann die Einrede auch noch der actio judicati entgegengesetzt werden, l. 5. pr. quod cum eo (14, 5), l. 17. §. 2. sol. matr., l. 33. pr. de donat. (39, 5), l. 41. §. 2. de re judic., nützt jedoch weder den Bürgen noch den Successoren, l. 63. §. 1. 2. pro soc. l. 12—15. §. 1. sol. matr., l. 23. 25. de re judic., l. 1. pr. de exc. (44, 1, und fällt ganz hinweg bei Klagen aus Delikten, so wie wenn sich der Debitor eines Dolus schuldig macht, z. B. wenn sich ein filiusfamilias böslicher Weise für einen paterfamilias ausgiebt, oder wenn der mit der actio pro socio Belangte die Sozietät abläugnet, l. 4. §. 1. 2., l. 6. quod cum eo (14, 5), l. 67. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 22. §. 1., l. 52. de re jud.

Anm. 2. Die einzelnen Fälle, in denen das benef. competentiae eintritt, sind folgende:

1) Die Eltern haben dieses benef. gegen ihre Kinder, §. 38. J. de actionib. (4, 6), l. 54. solut. matr. (24, 3), l. 16. de re judic. Daß dasselbe auch den Kindern gegen die Eltern zustehe, wie häufig behauptet wird, ist in den Gesetzen nicht begründet, und wird namentlich durch die dafür angef. l. 30. fin. de re judic. nicht bewiesen. Die neuere Theorie scheint sich auch, gewiß mit Recht, immer mehr der strengeren Meinung zuzuneigen, vgl. z. B.

Fritz in Wening's Lehrb. §. 198. und Erläutr. S. 115 fgg. Mejer in Schweppe's Handb. III. S. 57., Mühlenbruch §. 154., Göschen §. 413, Puchta §. 245, Unterholzner S. 382. Not. h., Sintenis prakt. Zivilr. II. S. 164. Not. 59.

2) Auch den Ehegatten steht gegen einander die Einrede der Kompetenz zu, l. 20. de re judic., und zwar ist dies wohl gewiß nicht blos auf den Fall zu beziehen, wenn eine Klage während bestehender Ehe angestellt wird, sondern auch auf den andern, wenn nach getrennter Ehe auf eine während derselben entstandene Schuld geklagt wird.

3) Wenn der Schwiegervater während bestehender Ehe von dem Ehemanne auf Herausgabe einer versprochenen Dos belangt wird, so steht ihm die Einrede der Kompetenz zu, l. 21. 22. de re judic., l. 17. pr. sol. matr. Nach getrennter Ehe hat er nicht unbedingten Anspruch darauf, sondern nur, wenn er sich keines Dolus schuldig machte, l. 84. de jure dot. (23, 3), Glück XXV. S. 187 fgg. Daß auch bei anderweiten Klagen, welche der Schwiegersohn während bestehender Ehe gegen den Schwiegervater anstellt, dem Letztern das benef. comp. zustehe (wie z. B. auch noch Unterholzner S. 382. Not. m. und Sintenis Zivilr. S. 164. Not. 63. annehmen) ist eine durch kein Gesetz unterstützte Behauptung. — Kann aber auch der Extraneus, welcher ein Dos versprach, die exc. comp. gebrauchen? Paulus läugnet dies auf das Bestimmteste in l. 84. de jure dot. und l. 41. pr. de re judic. Der anscheinend entgegenstehende Ausspruch Ulpian's in l. 33. de jure dot.

> „— — nam si [extraneus] donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, *quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat*; hoc enim D. Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos",

ist gewiß nach dem Vorgang von Cujacius obss. XII. 17. so zu erklären, daß man als Subjekt des Satzes: quemque in id rel. nicht den Mann, sondern die Frau (die auch allein als die Beschenkte betrachtet werden kann) annimmt; dem Manne soll es nämlich nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er den schont, welchen die Frau selbst hätte schonen müssen. Ueber andre Erklärungen vgl. Glück XXIV. S. 440 fgg. Not. 30. und bes. v. Meyerfeld im Rhein. Mus. VII. S. 111 fgg., s. auch Puchta §. 245. not. q. und Sintenis S. 165. Not. 67.

4) Wenn die Dos nach getrennter Ehe vermöge gesetzlicher Vorschrift, nicht aber auch, wenn eine dos *receptitia*, zurück-

gefordert wird, so steht die exceptio compet. zu a) dem Ehemann selbst, l. 12., l. 15. pr., l. 17. §. 2. sol. matr. (24, 3). l. 17., l. 20. 21. 23. 24. §. 1. de re jud., l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5, 13), §. 37. J. de act. (4, 6); s. auch l. 43. sol. matr.: „Si maritus in id, quod facere potest, condemnatus sit, et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius necesse habebit mandare actiones", denn so müssen doch wohl die letzten Worte dieser vielbesprochenen Stelle gelesen werden, s. Basil. XXVIII. 8. 41. und *Bynkershoek*, obss. lib. VII. c. 2.; über andre Emendationen s. Glück XXVII. S. 354 fgg., welcher selbst die gewiß sinnlose Florent. Leseart: neque amplius, neque hab. mand. act., in Schutz nimmt); — b) den Kindern desselben aus derselben Ehe, l. 18. pr. sol. matr.; — c) dem Vater desselben, l. 15. §. 2., l. 16. sol. matr., l. 21. de re jud. — Andre Erben des Ehemanns haben dagegen die Wohlthat nicht, l. 12. 13. h. t., wohl aber ist es bei den wirklich berechtigten Personen einerlei, ob die Frau selbst oder ob ihre Erben klagen, l. 27. sol. matr.

5) Wenn der Ehemann wegen der von einem Andern vorgenommenen Beerdigung der Frau mit der *actio funeraria* belangt wird, so wird er immer nur in quantum facere potest kondemnirt, und es ist dabei einerlei, ob er als Inhaber der Dos, oder weil die Frau keine Erben hat, belangt ist, l. 27. §. 2, l. 28. de religios. et sumt. funer. (11, 7).

6) Nach einem Reskript von Pius steht auch dem aus einem Schenkversprechen belangten Schenker, und zwar diesem in außergewöhnlichen Umfange (s. Anm. 1), die exc. comp. zu, l. 33. de jure dot., l. 19. §. 1. de re judic.

7) Auch bei dem Sozius, wenn er mit der actio pro socio belangt wird, kommt das benef. competentiae in Betracht, §. 38. J. de actionib.:

„Item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest".

Ob dies aber nur bei der societas omnium bonorum, oder auch bei der soc. unius rei gelte, ist wegen zweier Stellen von Ulpian gar sehr bestritten. Während nämlich derselbe in l. 63. pr. pro socio (*Ulp.* lib. 31. ad Edict), allen Gesellschaftern das beneficium einräumt, „etiam si non universorum socii sint, sed unius rei", sagt er in l. 16. de re judic. (*Ulp.* lib. 63. ad Edict.) mit freilich ziemlich unlateinischen Worten: „socium autem omnium bonorum accipiendum est". Ueber die mancherlei Vereinigungs-Versuche, theils durch Textes-Veränderung der l. 16. cit., theils durch Erklärung, vgl. Glück XV. S. 428 fgg.,

Gans und Gensler im ziv. Arch. II. S. 242 fgg., S. 247 fgg., Fritz Erl. S. 118 fgg., Marezoll in Gieß. Zeitschr. XIV. 9; s. auch Puchta §. 245. not. p., Unterholzner S. 383. not. o. Am meisten möchte wohl folgende Erklärung für sich haben. Aus l. 22. §. 1. de re judic. sehen wir, daß der Prätor nur nach vorgängiger causae cognitio die exc. comp. den socii gestatten will („quod autem de sociis dictum est, ut et hi, in quantum facere possint, condemnentur, *causa cognita se facturum* praetor edicit"). Bei der societas omnium bonorum bedarf es aber gewiß keiner besondern causae cognitio, sondern hier ist die Einrede ohne Weiteres zu gestatten, wenn nur die Sozietät nicht abgeläugnet ist; und darum hebt Ulpian in l. 16. cit. diesen Fall als den regelmäßigen allein hervor. Bei einer societas unius rei wird das beneficium freilich auch eingeräumt, aber nur, wenn sich aus vorgängiger causae cognitio ergibt, daß hier wirklich die socii in einem nahen, innigen Verhältniß stehen. Dieser Erklärung entspricht es am meisten, wenn man die Worte der l. 63. cit.: hoc enim summam rationem habet, quum societas jus quoddammodo fraternitatis in se habeat so auffaßt: dies habe vollkommenen Grund, „wenn die partikuläre Sozietät gleichsam eine Verbrüderung der Theilnehmer mit sich führe". Doch aber läßt sich auch die gewöhnliche Uebersetzung: weil die Sozietät u. s. w. mit der obigen Annahme recht wohl vereinigen: vgl. Neustetel im ziv. Arch. II. S. 343 fgg., jedoch auch Barth, Samml. auserlesener Dissertt. Bd. II. S. 346. Not. c.

8) Der Schuldner, welcher bonis zedirte, hat in Betreff des neuerworbenen Vermögens einen Anspruch auf das benef. competentiae, §. ult. J. de act., l. 4. 6. de cess. bonor. (42, 3), l. 3. C. de reb. auct. judic. (7, 72). Ob er aber diese Einrede auch denjenigen Gläubigern entgegensetzen kann, denen er erst nach der Zession schuldig geworden ist, ist streitig. Unter den Neueren ist besonders Thibaut, ziv. Abh. S. 350 fgg., Syst. §. 662, für die bejahende Meinung wegen l. 4. §. 1. de cess.

„Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari".

Diese Stelle kann aber auch den Sinn haben: der Schuldner könne allen frühern Kreditoren die Einrede entgegensetzen, selbst auch denjenigen, denen aus der cessio bonorum nichts zugekommen ist, Mackeldey §. 776. bei Not. h., Puchta §. 245. not. v, Unterholzner S. 384 fgg. not. u. Will man jedoch auch die Stelle von allen, selbst den späteren Kreditoren verstehen (wie dies namentlich in den Basiliken IX. 5. 4. geschieht: is vero nec ab alio quopiam [*ἀπὸ ἄλλου τινός*] inquietatur), so muß dies doch gewiß

nur als eine historische Notiz betrachtet werden, da in andren deutlich redenden Stellen das Gegentheil vorausgesetzt wird, namentlich in §. ult. J. de act. („*ex integro*") und in l. 3. C. de bon. auct. jud. („ex contractu, *qui cessionem rerum antecessit*"). Mit Recht haben sich daher auch fast alle Neueren gegen Thibaut erklärt, vgl. z. B. außer den schon angeff. Mackeldey, Puchta und Unterholzner auch noch Göschen §. 413, Wening §. 198. (5te Aufl. S. 42), Schweppe Handb. III. §. 393. S. 59, Fritz Erl. S. 120 fgg., Sintenis Zivilr. S. 166. Not. 69. u. A. m.

9) Wenn ein Hauskind während väterlicher Gewalt Schulden kontrahirt hat, und deshalb bald nach der Emanzipation belangt wird, so steht ihm die exc. compet. zur Seite, und dasselbe ist auch dann der Fall, wenn es wegen solcher Schulden bald nach dem Tode des Vaters angegriffen wird, vorausgesetzt, daß es aus dem Nachlasse des Vaters Nichts, oder doch wenigstens im Verhältnisse zu den Schulden nur Unbedeutendes ererbt hat, l. 2—7. quod cum eo (15, 4), l. 37. §. 2. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 49. de re judic. [die hier vorkommenden von Seiten der Kritik vielfach angefochtenen Worte: et indubitati juris est, ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum geben den einfachen Sinn: er ist nach Analogie des Ehemanns und des Patrons zu beurtheilen; s. auch Glück XXVII. S. 370 fgg.]. Ueber l. 2. quod cum eo:

> „Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. Et si quidem sint creditores, qui, quum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem, nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim non sine ratione prioris ratio habebitur. Quodsi qui sint, qui, posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam",

vgl. Glück XIV. S. 295 fgg.

10) Soldaten haben eine exc. competentiae gegen alle Forderungen, l. 6. pr., l. 18. de re judic.

11) Endlich kann auch noch die Einrede der Kompetenz durch Vertrag begründet werden, l. 49. de pact. (2, 14).

Außer diesen wirklich begründeten Fällen zählt man aber auch noch oft mehrere andere auf, und so giebt man namentlich die exc. comp. nicht selten:

a) den Geschwistern wegen l. 63. pro soc.: quum societas quoddammodo jus fraternitatis in se habeat; vgl. schon das Schol. ad Basil. XII. 1. 60. bei *Heimb.* I. p. 767. („itaque

ex hoc loco observa, etiam fratrem fratri, in quantum facere possit, condemnari"). In der That kann aber nur eine sehr laxe Interpretation (m. s. jedoch auch Thibaut log. Ausl. S. 63 fgg.) in jenem Ulpianischen Raisonnement einen genügenden Grund für die Annahme eines solchen **jus singulare** finden, wie auch die neuere Theorie immer mehr anerkennt, vgl. Göschen §. 413. Nr. 4, Puchta §. 245, Wening, Lehrb. 5te Aufl. Bd. II. S. 42, Fritz Erl. S. 117 fgg., Unterh. S. 385. Not. w., Sintenis Zivilr. S. 165. Not. 66.

b) Sehr oft wird auch noch h. z. T. dem *filiusfamilias* allgemein im Betreff des Pekulium kastrense die **exc. comp.** zugestanden, und zwar wegen **l. 7. de castr. pec.** (49, 17), deren wahrer Sinn jedoch nur folgender ist: „die Klage auf Rückgabe der Dos kann auch gegen einen Filiusfamilias, welcher ein **peculium castrense** hat, mit Effekt angestellt werden, weil der richtigern Meinung nach das kastrensische Pekulium auch für andre, als kastrensische Schulden haftet. Nur versteht es sich, daß der Filiusfamilias nur in **quantum facere potest** verurtheilt werden kann, weil er ja als Ehemann überhaupt dieses Vorrecht hat". — Wenn man sich für jene Meinung ferner auch noch auf **l. 4. C. de execut. rei judic.** (7, 53) beruft, so übersieht man, daß hier von einem wirklich noch in Diensten stehenden Soldaten die Rede ist, dem allerdings die **exc. compet.** zusteht.

c) Manche, z. B. auch noch Mühlenbruch §. 154. (vgl. auch §. 170. Not. 8.) geben auch denen die **exc. competentiae**, welche zu der s. g. **ejuratio bonae copiae** gelassen würden. Aber aus der ziemlich dunkeln **Nov.** 135. kann diese Kompetenz-Wohlthat gewiß nicht abgeleitet werden, und zwar um so weniger, da diese Novelle nicht glossirt ist.

d) Wenn namentlich viele ältere Juristen nach einer angeblichen Analogie der Soldaten das **benef. comp.** auch noch Adlichen, Geistlichen (wofür man sich wohl auch noch auf **C. 3. X. de solut.** (3, 23) berief), Doktoren des Rechts, oder auch wohl allen Doktoren und Advokaten (die s. g. **militia spiritualis et togata!**) zugestanden, so ist dies offenbar verkehrt, und ebenso hat es auch schlechterdings keinen gesetzlichen Grund, wenn man diese Einrede allen durch den Krieg verarmten Schuldnern einräumen will.

e) Endlich nimmt auch noch eine sehr festgewurzelte Praxis ein s. g. **beneficium comp.** *ex jure tertii* an. Wenn nämlich Jemand einen Andern alimentirt, so soll derselbe, und in seinem Namen auch der Schuldner selbst verlangen dürfen, daß diesem das zum Zweck der Alimente Verabreichte von den Kreditoren nicht

entzogen werde, und aus diesem Grunde räumt z. B. *Hellfeld* diss. cit. §. 14 sqq. ein benef. comp. ein: den Regenten und appanagirten Prinzen, den Städten, den Vasallen, dem Vater ex jure seiner Kinder, dem Ehemann ex jure seiner Ehefrau, den öffentlichen Beamten, den Geistlichen und dem Schuldner, dem aus Barmherzigkeit oder damit er nicht zur Schande der Familie darbe, Alimente ausgeworfen sind. — Man muß sich aber auf das Ernstlichste gegen die Annahme eines solchen Benefiziums erklären. Ist nämlich der Dritte pure zu solchen Präſtationen, wenn auch auf den Grund der Schenkung, verpflichtet, so kann sein bloses Interesse zu einer so singulären Intervention nicht berechtigen; sondern das Geleistete fällt dann stets unbeschränkt in das Vermögen des Schuldners, und kann also auch von den Gläubigern angegriffen werden. Hat er aber nur sub modo geschenkt, oder hat er etwa Resolutiv-Bedingungen beigefügt, so treten die allgemeinen Grundsätze über Modus oder Resolutiv-Bedingung ein, und von einem Benefizium Kompetentiä kann dann gar keine Rede sein; s. auch Puchta § 245 geg. E., Mühlenbruch §. 154. bei Not. 18, Schweppe Hdb. III. S. 60 fgg., Wening 5te Aufl. II. S. 40, Unterholzner S. 385, Rudorff Grundr. S. 238, Sintenis Zivilr. S. 166. Not. 70.

Abschnitt V.

Von der in integrum restitutio.

I. Von der in integrum restitutio im Allgemeinen.

Dig. IV. 1—7.; Cod. II. 20—55. — Variorum ICtorum tractatus de restitutione in integrum IV. tom. Frcfti. 1596. fol., *Donelli*, comm. jur. civ. XXI. c. 4—14.; *Dompierre de Jonquierres,* specimen de restitutione in integr. Lugd. Bat. 1767., Glück V. S. 392 fgg., VI. S. 1 fgg. (dazu v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück Bd. II. S. 81 fgg.), besonders Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831. (dazu Blume in der G. G. A. 1831. S. 1769 fgg.); v. Schröter über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in der Gießer Zeitschr. VI. S. 91 fgg.; Schneider, die allge-

mein subsidiären Klagen S. 216 fgg., Savigny Syst. VII. S. 90 fgg. — Zimmerrn, III. §. 101 fgg., Puchta Kurs. d. Instit. II. §. 177. 209, Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 36.

A) Begriff. §. 175.

Anm. Einer der schwierigeren Punkte in der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die genaue Feststellung des Begriffs und die Abgrenzung derselben von andern ähnlichen Rechtsverhältnissen. Burchardi a. a. O. §. 1. 3. geht davon aus, daß eine restit. in integr. im weitern Sinn da vorhanden sei, „wo rechtliche Verhältnisse, die auf eine an sich rechtsbeständige Weise begründet worden sind, blos darum wieder aufgehoben werden, weil sie, obgleich dem strengen Rechte gemäß, doch im konkreten Falle den Forderungen der Billigkeit widersprechen". Eine solche auf Billigkeitsgründen beruhende Wiederherstellung eines früheren Rechtszustands gründe sich nun theils auf das Zivil-, theils auf das Prätorische Recht, und sie könne bald als Recht in Anspruch genommen werden, bald ipso jure eintreten, bald nur als Gnade bewilligt werden. Das Charakteristische der per eminentiam s. g. in integrum restitutio sei nun aber, daß sie auf dem Prätorischen Rechte beruhe, und nur als Gnadenbezeugung von dem Magistrat bewilligt, nicht als Recht in Anspruch genommen werden könne. Daß jedoch dieses letztre Merkmal, welches konsequent durchgeführt allerdings folgenreich sein würde, völlig ungegründet ist, hat Schröter a. a. O. S. 169 fgg. überzeugend nachgewiesen, (vgl. auch Puchta Lehrb. §. 100. Not. c., Sintenis Zivilr. §. 36. Not. 2., Savigny S. 116 fgg.) und man muß vielmehr zur schärfern Feststellung des Begriffs von folgenden Sätzen ausgehen:

1) Die wahre in integr. restit. erscheint durchaus als ein Mittel der Ausgleichung zwischen Recht und Billigkeit, und es werden also rechtlich begründete Verhältnisse vorausgesetzt, welche darum wieder aufgehoben werden, weil dies im konkreten Falle den Forderungen der aequitas entspricht. Wenn also Paziszenten von einem Vertrage vermöge gegenseitiger Verabredung wieder abgehen, oder wenn einer der Kontrahenten von einer zugefügten lex commissoria oder addictio in diem und dgl. Gebrauch macht, oder wenn actiones rei persecutoriae ex delicto oder interdicta restitutoria angestellt werden, so kann zwar in allen diesen Fällen eine restitutio in integr. im vulgären Sinn d. W. eintreten; aber die wahre technisch s. g. in integr. rest. ist überall

nicht vorhanden, weil es an dem erwähnten charakteristischen Merkmal fehlt.

2) Alle eigentliche **in integr. rest.** ist prätorisch, und wahre selbstständige **restitutiones** *civiles* giebt es nicht. Freilich hat das spätere Zivilrecht mehrfach den prätorischen Stoff bei der **in i. rest.** fortgebildet, aber diese später an den einzelnen Orten zu nennenden Fortbildungen können nicht als eigne **restitutiones** betrachtet werden. Wenn man sich aber doch für die Existenz von solchen insbesondere auf **l. 2. C. de resc. vend. (4, 44)** und **l. 6. C. de repud. hered. (6, 31)** beruft, so kann dies freilich nicht gebilligt werden, denn in der ersten Stelle wird offenbar nur eine Kontraktsklage **ad rescindendam venditionem** gegeben, und in der zweiten Konstitution ist das von Justinian hier eingeführte neue Recht geradezu in Gegensatz mit der **in i. rest.** gestellt, und besteht auch nur einfach darin, daß der **suus** durch einseitige Willenserklärung sich wieder zu der, durch seine vorgängige Abstention eigentlich für ihn verloren gegangenen, Erbschaft hinziehen kann.

3) Die Wiederherstellung des früheren Rechts oder Zustands muß durch unmittelbares Einschreiten von Seiten des Magistrats geschehen. Ueber das Verfahren wird unten näher zu sprechen sein, und hier ist nur so viel zu bemerken, daß sich durch dieses charakteristische Merkmal die wahre **in i. rest.** eben so sehr von denjenigen Fällen unterscheidet, in denen das frühere Rechtsverhältniß **ipso jure** wieder hergestellt wird, wie z. B. von dem **postliminium**, als auch von denjenigen, in denen eine wahre gewöhnliche **actio** zu jenem Zwecke Statt findet. Daraus beweist sich denn auch der, bei den einzelnen hier einschlagenden Restitutionsgründen näher auszuführende, früher freilich allgemein und auch h. z. T. noch oft geläugnete (vgl. z. B. Mühlenbruch §. 158. Not. 4, Schmidt ziv. Abhh. S. 4 fgg. Not. 5, Schilling Instit. II. S. 419. Not. h.) Satz, daß die **actio quod met. causa, actio doli, actio in factum judicii mutandi causa** und **actio in factum** bei doloser Veräußerung des Schuldners, von der eigentlichen **in integr. rest.** streng zu scheiden sind; vgl. bes. Schröter in der angef. Abh., Schneider a. a. O.; s. auch Bickell in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, Heft I. (1836), S. 121 fgg., Sintenis S. 362. Not. 6, Savigny S. 98 fgg., Boecking Instit. I. S. 592.

Die **in integr. rest.** ist also die auf den Grund des prätorischen Edikts durch unmittelbares Einschreiten des Magistrats herbeigeführte Wiederherstellung eines den Rechtprinzipien nach ver-

lorenen Rechts oder Zustands zu dem Zwecke, um das strenge Recht mit der **aequitas** auszugleichen.

B) Voraussetzungen

1) hinsichtlich des Gegenstands.

a) Vorhandensein einer Läsion. §. 176.

Burchardi §. 6—8, Savigny §. 318. 319.

Anm. Vor allen Dingen ist zu jeder **in integr. rest.** eine wirkliche Läsion erforderlich, mag dieselbe übrigens in einem positiven Schaden oder in einem **lucrum cessans** bestehn, **l. 7. §. 6. de minorib. (4, 4), l. 27. ex quib. caus. maj. (4, 6)**, Burchardi S. 60 fgg., Savigny S. 121 fgg., mag dieselbe gerade das Vermögen betreffen, oder mögen dadurch anderweite Interessen verletzt werden, **l. 3. §. 6, l. 6, l. 34. §. 1, l. 35. de minorib., l. 41. de recept. (4, 8), l. 2. C. si adv. rem judic. (2, 27), l. 8. C. quando appell. non sit necess. (7, 64).** Die herrschende Meinung geht aber ferner noch dahin, daß die Läsion auch nicht ganz unbedeutend sein dürfe. Doch ist dies schon von manchen Aeltern, und unter den Neuern auch wieder von Burchardi S. 82 fgg., als Regel geläugnet worden, indem es vielmehr nur in einzelnen, im Gesetz besonders hervorgehobenen Ausnahmsfällen auf den Betrag der Läsion ankomme. Allerdings giebt es nun auch kein Gesetz, in welchem allgemein für jede Restitution eine bedeutende Läsion erfordert würde. Bedenkt man aber die Analogie der **actio de dolo, l. 9. §. 5, l. 10. 11. pr. de dolo (4, 3)**, und der **actio redhibitoria, l. 54. de contr. emt. (18, 1), l. 1. §. 8, l. 4. §. 6, l. 10. §. 2, l. 11, l. 48. §. 8. de aedil. ed. (21, 1)**, und daß es ganz in der Natur der Dinge liegt, nicht um jeder Kleinigkeit Willen Abweichungen vom geltenden Rechte zuzulassen; berücksichtigt man ferner den bekannten Satz: **minima non curat praetor**, und vorzüglich, daß in den einzelnen Fällen, in denen eine bedeutende Läsion erfordert wird, dies durchaus nicht als eine Singularität angeführt wird, **l. 9. §. 1, l. 49. de minorib., l. 1. C. si adv. donat. (2, 30), l. 1. C. si adv. fiscum (2, 37)**: so muß man doch wohl der herrschenden Lehre beistimmen. Daß in einigen Fällen ein sehr

bedeutender Schaden verlangt wird, ist freilich eine Singularität, und wird als solche in den Gesetzen bemerkt, nämlich wenn vom Schuldner Restitution gegen den schon geschehenen Verkauf eines Pfandes gesucht wird, **l. 9. pr. de minor., l. 1. C. si advers. vendit. pign.** (2, 29), **l. 3. C. si adv. fisc.**, und wenn ein Volljähriger gegen die Antretung einer **damnosa hereditas** restituirt zu werden verlangt, *Gai.* **II. 163. §. 5. 6. J. de hered. qualit.** (2, 19). Wie aber daraus, daß dieses als singulär in den Gesetzen angedeutet wird, von Burchardi gefolgert werden kann, daß es als Regel auf den Betrag der Läsion nicht ankomme, ist schwer einzusehn. Uebrigens hat Burchardi selbst mit Recht bemerkt, daß man sich für seine Meinung nicht auf die gewöhnlich dafür angeführte **l. 4. de integr. rest.** (4, 1) berufen dürfte, denn Kallistratus will offenbar nur sagen: die Verletzung, um deren Willen man Restitution nachsuche, dürfe nicht um vieles kleiner sein, als der Schaden, der durch die Restitution dem Gegner erwachsen würde. Ueber die Frage, ob jene Verletzung an sich unbedeutend sein dürfe, wird also gar nicht entschieden; vgl. auch Mühlenbruch Lehrb. §. 159. Not. 1, Sintenis Zivilr. §. 36. Not. 42, Puchta Vorlesf. I. §. 101. u. A. m.

---

b) Vorhandensein eines zur Restitution geeigneten Falls. §. 177.

Cod. II. 27. si adversus rem judicatam restitutio postuletur, II. 28. si adversus venditionem; II. 29. si advers. vendit. pignorum; II. 30. si adv. donationem; II. 31. si adv. libertatem; II. 32. si adv. transact. vel divisionem; II. 33. si adv. solutionem a tutore vel a se factam; II. 34. si adv. dotem; II. 35. si adv. delictum; II. 36. si adv. usucapionem; II. 37. si adv. fiscum; II. 38. si adv. creditorem; II. 39. si minor ab hered. se abstineat; II. 40. si ut omissam hereditatem vel bonor. possess. vel quid aliud adquirat.

1) *Paul.* l. 16. ex quib. caus. majores (4, 6): Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque illud arbitrio praetoris temperabitur, id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari. (Cf. l. 205. de R. J.: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire).

2) *Ulp.* l. 11. §. 4. 5. de minorib.: Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans, occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato, velit restitui; nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas, et ita et Pompon. libr. XXVIII. scripsit. Unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui; neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam licet mortalem. §. 5. Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit, puta praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt, Julianus quidem libr. XLVI sic loquitur, quasi possit minor in integr. restitui. Marcellus autem apud Julianum notat, cessare in integr. restitutionem, neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuivis patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave: quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

3) *Idem* l. 16. pr. de minorib.: In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integr. restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

Anm. 1. Unter manchen in der Natur der Sache liegenden Beschränkungen der Restitution (T. 1. 2, vgl. auch noch l. 11. §. 2. de minorib.) ist auch noch besonders der, von Francke, Beiträge S. 67. gewiß mit Unrecht geläugnete Satz hervorzuheben, daß die in integr. rest. zu den allgemein subsidiären Rechtsmitteln gehöre, T. 3, vgl. oben §. 153. Anm. 2. Doch leidet diese Subsidiarität der Restitution, über deren Gründe man noch Schneider S. 224 fgg. vergleiche, einige Ausnahmen, indem dieselbe nämlich:

1) elektiv konkurrirt mit der actio und exceptio quod metus, l. 9. §. 3. 4, l. 21. §. 6. quod met. c. (4, 2), l. 3. C. de his quae vi (2, 20) und eben so auch

2) mit der actio tutelae, l. 47. §. 1. de minorib., l. 25, l. 39. §. 13. de adm. et peric. tut. (26, 7), es müßte denn das den Minderjährigen lädirende Geschäft mit richterlicher Zustimmung geschlossen sein, in welchem Falle nur die actio tutelae Statt findet, l. 7. §. 2. de minor., l. 26. C. de adm. tut. vel curat. (5, 37). — Eben so wird

3) das Verhältniß der in integr. rest. zur actio doli sogar so hingestellt, daß man sie, wo es nur immer angehe, dieser Klage vorziehen solle, l. 7. §. 1. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6. l. 39. de dolo. Endlich muß man auch

4) zugestehen, daß die in integr. rest. durch spätere Konstitutionen der Kaiser auch auf bonae fidei Kontrakte in der Art ausgedehnt wurde, daß wegen dolus des einen Kontrahenten nicht nothwendig die Kontraktsklage angestellt werden muß, vgl. l. 3. C. quib. in caus. majores (2, 54) l. 5. C. de resc. vend. (4, 44), und bes. l. 10. C. eod., Burchardi S. 361 fgg., Schröter S. 121. Wenn Schneider S. 245 fgg., und Ruhstrat in Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 260 fgg. dies läugnen und jene Stellen doch nur von Kontraktsklagen verstehen wollen, vgl. auch Savigny S. 106. S. 115 fgg., so ist dies namentlich in Betreff der zuletzt angef. Konstitution gewiß unzulässig.

Weiter aber darf man die Ausnahmen von dem subsidiären Charakter der Restitution gewiß nicht ausdehnen, und namentlich muß man sich gegen eine sehr verbreitete, und namentlich auch wieder von Burchardi S. 102 fgg. vertheidigte Annahme erklären, daß die Restitution auch elektiv mit allen restitutorischen Klagen, wie z. B. mit den condictiones ex causa konkurrire. Es stützt sich aber diese Meinung auf l. 16. §. 2. de minor.: Pomponius quoque refert libr. XXVIII., cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea conditione, ut si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec defuncto herede, heredi ejus cavisset, se restituturam: Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a majore, non enim ipso jure sed per condictionem munita (Flor.: munitus) est. Man nimmt hier nämlich gewöhnlich die Worte: Sed et illud Pomp. adjicit. rel. als eine Ampliation der vorhergehenden, und die Worte: non enim ipso jure sed per condictionem munita est faßt man dann als einen Grund für die Behauptung auf, daß hier eine elektive Konkurrenz zwischen der restitutio und der condictio Statt finde, vgl. auch Basil. X. 4. 16. Es ist dies aber gewiß irrig, und die Worte: sed et illud drücken vielmehr einen Tadel des Vorher-

gehenden aus, und die Worte: **non enim ipso jure rel.** beziehen sich nur auf die unmittelbar vorhergehenden **etiam a majore**, so daß der Sinn des ganzen letzten Satzes einfach der ist: Pomponius fügt aber auch hinzu, daß hier vielmehr selbst von einer großjährigen Legatarin die **condictio incerti** gebraucht werden könne, denn hier trete gar kein besonderes Recht für das minderjährige Alter, sondern das **commune auxilium** der Kondiktion ein, Schneider S. 233 fgg.

Anm. 2. Noch giebt es mehrere singuläre Beschränkungen der Restitution, die hier einzeln aufzuzählen sind, vgl. bes. Burchardi §. 10.

1) Descendenten können gegen die Ascendenten, und Freigelassene gegen ihre Patrone keine Restitution gebrauchen, **l. 2. C. qui et adv. quos** (2, 42). Dies leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn sich **filiifamilias** gerade dagegen, daß sie **filiifamilias** geworden, wie z. B. durch Adoption, oder dagegen, daß sie durch richterliches Urtheil als **filiifam.** anerkannt sind, restituiren lassen wollen, **l. 3. §. 6. de minor., l. 6. §. 1. de bon. poss. (37, 1), l. 9. pr. C. Th. de bon. damnat. (9, 42)** — **l. 2. C. si adv. rem. judic.** (2, 27), Burchardi S. 121 fgg. Außerdem kömmt auch noch eine von Burchardi übersehene Ausnahme vor, indem sich das Kind gegen die Ausschlagung einer Erbschaft, welche dann der Vater für sich angetreten hat, restituiren lassen kann, **l. 8. §. 1. C. de bonis quae liberis** (6, 61). (Wenn Puchta §. 107. **not. d.** und Savigny S. 225 fgg. materiell hiermit übereinstimmen, aber den beiden hier angegebenen Entscheidungen den Charakter von Ausnahmen absprechen: so ist dies im Grunde nur ein Wortstreit, wobei aber doch das Recht auf unsrer Seite sein dürfte). Eine dritte von Justinian eingeführte Ausnahme für den Fall, wenn Eltern die Vormundschaft über ihre Kinder führen, kann praktisch darum nicht gelten, weil das einführende Gesetz, nämlich **Nov. 155**, nicht glossirt ist, obwohl Viele und namentlich auch Burchardi S. 122 fgg. dies ignoriren, vgl. auch Savigny S. 226.

2) Die einmal gesuchte Restitution kann, wenn darüber wirklich entschieden ist, aus denselben Gründen nicht zum zweiten Mal gesucht werden, mag die erste abgeschlagen oder bewilligt gewesen sein, *Paul.* **l. 7. §. 3, l. 1. 2. 3. C. si saepius in integr. rest. post.** (2, 44). Doch kann, wenn die Appellation gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß versäumt ist, gegen diese Versäumniß Restitution ertheilt werden, **cap. 10. X. de integr. rest. (1, 41)**, und Restitution gegen ertheilte Restitution kann immer vorkommen, **l. 7. §. 9. de minor.**

3) Die Rest. fällt auch dann hinweg, wenn der durch dieselbe zu beseitigende Schaden viel geringer ist, als der dem Gegner dadurch herbeigeführte Nachtheil, l. 4. de int. rest. (4, 1) (s. oben §. 176. Anm. g. E.), l. 24. §. 2. de minor., l. 6. C. de repud. hered. (6, 31), womit auch der Satz zusammen hängt, daß die Rest. unzulässig ist, wenn man ein lucrum cessans mit dem damnum emergens eines Andren wieder erlangen will, l. 18. 22. §. 1. ex quib. caus. major. (4, 6), l. 17. §. 3. de usur. (22, 1), l. 25. de adm. et per. tut. (25, 7).

4) Verzicht auf die Rest., nachdem das Verhältniß oder der Umstand, worin die justa causa restititionis liegt, aufgehört hat, macht dieselbe schon nach dem allgemeinen Grundsatze: beneficia nemini obtruduntur, auch wirklich unzulässig, sofern man nicht Grund hat, sich gegen den Verzicht selbst wieder restituiren zu lassen, l. 3. §. 1. 2, l. 20. §. 1, l. 21, l. 30. de minor., l. 1. 2. C. si major. fact. rat. hab. (2, 46); Savigny S. 239 fgg.

5) Rest. findet auch dann nicht Statt, wenn der Verletzte selbst in dolo versirt, l. 9. §. 2. 5. de minorib., l. 26. §. 6. ex quib. caus. major., l. 2. §. 3. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 2. 3. C. si minor se major. dixerit (2, 43).

6) Auch gegen Straferkenntnisse findet keine Restit. Statt. l. 1. §. 9. 10. de postul. (3, 1), l. 37. §. 1. de minor. (4, 4), l. 45. §. 1. de re judic. (42, 1), l. 27. pr. de poen. (48, 19), und daraus erklärt sich wohl auch am Beßten l. 9. §. 4. de minorib., s. Burchardi S. 129 fgg.

7) Restit. fällt auch gegen den Verlust von Pönalklagen hinweg, l. 37. pr. §. 1. de minor., l. 18. ex quib. caus. major., l. 7. §. 1. de injur. (47, 10).

8) Gegen den Verlust dilatorischer Einreden wegen verspäteter Vorschützung soll keine Rest. Statt finden, l. 12. C. de except. (8, 36), vgl. mit *Gai.* IV. 125.

9) Der, welcher einen Eid deferirte, kann, wenn nachher in Folge des abgeschworenen Eides ein Urtheil gefällt wurde, dagegen wegen entdeckter Urkunden keine Restit. begehren, obwohl sich dies anders verhält, wenn der Eid vom Richter aufgelegt war, l. 31. de jurejur. (12, 2).

10) Restit. findet auch nicht Statt, wenn der Fiskus Sachen seiner Schuldner in öffentlicher Auktion veräußert hat, l. 5. C. de fide et jur. hast. fisc. (10, 3), und eben so kann auch

11) nach den auch von Protestanten angenommenen Prinzipien des kanonischen Rechts von Restit. gegen eine giltig abgeschlossene Ehe keine Rede sein, was aber nicht auch auf Sponsalien

anzuwenden ist. *Böhmer* **de rest. i. i. contra sponsalia minor., in exercit. ad Pand. II. no. 34.** Burchardi S. 143 fgg., Savigny S. 142 fgg.

12) Nach einer sehr gewöhnlichen Behauptung, (vgl. z. B. noch Unterholzner, Verj. §. 136. 137, Savigny **III.** S. 421 fgg., Puchta §. 107. **not. g.,** Sintenis **I.** S. 305 fgg., S. 386. **not.** 99) soll auch keine Restit. gegen die **praescr. XXX. et XL. annor.** Statt finden. Das einzig beachtenswerthe Fundament jener Meinung sind die Worte von Theodos in **l. 3. C. de praescr. XXX. annor.** (7, 39): **non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat huic eximenda sanctioni.** Aber gewiß sollen dieselben nur sagen, daß bei dieser neuen Klagenverjährung Abwesenheit, Kriegsdienst und andre dergl. bei den **actiones temporales** vorkommenden Hindernisse der Verj. nicht in Betracht kommen sollten; und an die Ausschließung der Restitution denkt Theodos gewiß nicht, vgl. auch **l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. n. e. necess.** (2, 41), und Burchardi S. 135 fgg. Man muß also gewiß auch gegen die **praescr. XXX. et XL. annor.** die Restitution zulassen, wenn die Voraussetzungen derselben gehörig vorhanden sind. Wohl aber fällt dieselbe **ex speciali legis dispositione** der Regel nach hinweg, wenn die **querela inofficiosi testamenti** verjährt ist, indem hier nur **ex** ***magna*** **et justa causa** restituirt werden soll, **l. 8. §. 17. de inoff. test.** (5, 2); und über einige andre Verjährungsfälle, in denen ebenfalls die Restitution ausgeschlossen ist, vgl. noch **l. 37. §. 1. de minor. — l. 6. C. ne de statu defunct.** (7, 21) — **l. 3. C. de his quae vi** (2, 20) **l. 4. C. si quis ignor. rem minor.** (5, 73), Burchardi S. 133 fgg. Wenn meistens (vgl. z. B. auch noch Burchardi S. 134, Puchta §. 107. Not. **h.,** Sintenis S. 369 bei Not. 37. u. A. m.) auch noch gelehrt wird, daß auch keine Restitution gegen den Ablauf der Restitutions-Frist Statt finde, so dürfte dies schwerlich zu billigen sein, denn in der dafür angeführten **l. 20. pr. de minor.** versagt Ulpian die Restitution in einem solchen Falle nicht etwa deßhalb, weil überhaupt keine Restitution zulässig sei, sondern lediglich deßhalb, weil in dem konkreten Falle die Nichteinhaltung der Frist durch die Abwesenheit nicht gerechtfertigt war, „**quum potuerit adire praetorem per procuratorem**"; vgl. auch **c. 1. de restit. in VI.** (1, 21) und Savigny S. 258 fgg.

c) Vorhandensein einer justa causa. §. 178.

Ulp. l. 1. de integr. rest.: Utilitas hujus tituli non eget commendatione; ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *aetate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, [*Paul.* l. 2. eod.]: sive per *status mutationem* aut *justum errorem*. Vgl. *Paul.* R. S. I. 7. 2: Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per *metum*, *dolum*, et *status permutationem* et *justum errorem* et *absentiam necessariam* et *infirmitatem aetatis* gesta esse dicuntur.

Anm. Ulpian und Paulus führen in den abgedruckten Stellen sechs Restitutionsgründe an, und gewiß müssen wir auch dabei stehen bleiben, wenn man nur der **absentia** die durch die **generalis clausula** gleichgestellten anderweiten äußern Hindernisse anreiht. Doch aber will v. Schröter in der angef. Abh. eine wahre **in integr. rest.** auch noch in andern Fällen annehmen, und zwar:

1) bei dem **SC. Vellejanum.** Sei nämlich der Schuldner durch die privative Intercession einer Frau liberirt worden, und diese berufe sich später auf das **SCtum**, so ertheile der Prätor dem Kreditor gegen die Liberation seines ursprünglichen Schuldners **in integr. rest.**, die darin bestehe, daß er die Intercession **causa cognita** vermittelst Dekrets reszindire, und zugleich dem Gläubiger die durch jene aufgehobene Klage gegen den Hauptschuldner von Neuem zusichere, Schröter S. 442 fgg. In den von Schröter hierfür angeführten Gesetzen, l. 12. **de minor.** (4, 4); l. 8. §. 7—14, l. 13. §. 2, l. 14, l. 16. §. 1, l. 32. §. 5. **ad SC. Vellej.** (16, 1), l. 8, l. 16. C. **ad SC. Vellej.** (4, 29) ist aber weder von einer **causae cognitio**, noch von einem Dekret des Prätor die Rede, sondern es wird da nur eine **actio restitutoria** oder **rescissoria** angeführt, und es heißt da blos: **rescissa intercessione in dominum restituenda actio est**, woraus doch gewiß nicht auf eine eigentliche **in integr. restit.** zu schließen ist. Vielmehr spricht dagegen, daß Paulus und Ulpian bei der allgemeinen Aufführung der Restit. Gründe davon schweigen, daß diese **actio restitutoria** *perpetua* ist, l. 10. **ad SC. Vellej.**, daß sie keineswegs nur subsidiär zusteht, wie dies doch bei eigentlicher **in integr. rest.** allerdings der Fall sein müßte, l. 8. §. 13. **eod.**, und daß die Restitution der Klage aus dem SCtum als auf dem

jus commune beruhend angeführt wird, l. 12. de minorib.; s. auch Schneider S. 247 fgg.

2) Schröter S. 127. 131. nimmt auch eine besondre in integr. rest. wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht an; dieselbe schließe sich an die Bestimmung des Edikts: de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (Dig. II. 10), so daß mit der aus diesem Edikt hervorgehenden actio in factum auf Schadenersatz, die in integr. rest. elektiv konkurrire. Die hierfür angeführten Gesetze beweisen aber die Existenz einer solchen besondren Restitution nicht, denn in l. 7. pr. de in integr. rest. und in l. 3. §. 1. de eo per quem factum erit ist gewiß nur von der in integr. rest. propter absentiam die Rede, sofern man nur den weitern juristischen Begriff dieser causa nicht aus den Augen verliert, und in l. 7. §. 1. de in integr. rest. ist nur eine Anwendung von der restitutio propter dolum enthalten; s. auch Schneider S. 263 fgg.

3) Endlich statuirt v. Schröter S. 131 fgg. auch eine eigne in integr. rest. wegen Veräußerungen in fraudem creditorum. In den auf uns gekommenen Bestimmungen des Prätor. Edikts über dergl. Veräußerungen kommt sicher keine in integr. rest. vor, denn: a) in l. 1. quae in fraud. creditor. facta sunt (42, 8) ist nur die Zusicherung der *actio Pauliana* enthalten. Dies ist aber, wenn man nur den obigen Begriff von restitutio festhält, keine in integr. restit., sondern nur eine gewöhnliche actio in personam, die auf Wiederherstellung des früheren Zustands und resp. auf Schadenersatz geht, und bei der alles Charakteristische der eigentlichen Restitution fehlt. Für das Gegentheil kann man sich auch nicht auf l. 10. §. 22. eod. berufen, denn Ulpian sagt hier nur, daß vermittelst dieser Klage Alles wieder in den vorigen Zustand versetzt werden müsse, Sachen wie Obligationen, aber keineswegs behauptet er, daß die Gewährung dieser actio eine in integr. rest. sei. — b) Eine zweite Stelle, nämlich l. 10. pr. eod., enthält ohne Zweifel nur die formula für das *interd. fraudatorium*, in dessen Ertheilung natürlich eben so wenig, wie bei der actio Paul. eine wahre Restitution gefunden werden kann. Endlich wird noch c) in dem in l. 25. de reb. auctor. jud. poss. (42, 5) enthaltenen Edikt ganz allgemein eine exceptio gegen diejenigen eingeräumt, gegen welche auch die Klage und das Interdikt gegeben ist. Es ist dies wieder nur eine selbstständige exceptio und keine in integr. restitutio. — So viel scheint hiernach ausgemacht, und auch Schröter a. a. O. erkennt dies an, daß das Prätorische Edikt selbst keine wahre in integr. rest. gegen solche betrügliche Veräußerungen kennt, und

da nun auch in den Stellen von Ulpian und Paulus, in denen die **causae restitutionis** an einander gereiht sind, ein solcher Grund nicht erwähnt wird, so ist gewiß die Nichtexistenz eines solchen sehr wahrscheinlich. Schwierigkeit macht hier jedoch §. 6. J. de actionib. (4, 6), denn dort „**permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, i. e. dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse**". Daß hier eine wirkliche **in integr. rest.** vorliegt, darf nicht bezweifelt werden (s. jedoch auch Sintenis Zivil. I. S. 257. Not. 12), und gerade dadurch läßt sich denn auch Schröter a. a. O. bestimmen, die betrügliche Veräußerung als eignen Restitutionsgrund hinzustellen. Obwohl diese Restit. eben so wie die **actio Pauliana** nur gegen den gerichtet sei, welcher wissentlich die Sache von dem Schuldner erworben habe, so sei sie doch nicht ohne praktisches Interesse, da sie gegen diesen Erwerber die Vortheile einer dinglichen Klage gewähre, und werde also etwa derselbe insolvent, so erhielten die Gläubiger durch diese Restitution die Rolle von Vindikanten, während sie, wenn sie allein die Paulianische Klage hätten, nur als **chirographarii** aufzutreten berechtigt wären. — Doch aber darf wohl jene Institutionen-Stelle nicht zur Begründung einer eignen **causa restitutionis** gebraucht werden, sondern man muß darin gewiß nur eine einzelne Anwendung der **restitutio** ***propter dolum*** finden, vgl. auch Schneider a. a. O. S. 271 fgg.

Es bleiben uns also blos jene sechs, von Ulpian und Paulus angeführten Restitutionsgründe übrig; über das Einzelne vgl. unten §. 183 fgg.

---

2) Voraussetzungen hinsichtlich der Subjekte. §. 179.

Anm. Hierbei kommen theils die Partheien, Burchardi §. 22, Savigny S. 216 fgg. theils die restituirenden Behörden, Burchardi §. 28, Savigny S. 214 fgg. in Betracht. Was insbesondere den ersten Punkt anbelangt, so ist es ganz in der Ordnung, daß das **beneficium in integr. restitutionis** nicht blos dem Lädirten selbst, sondern auch den Erben desselben, anderweiten Universalsuccessoren (z. B. den Universalfideikommissaren, dem Fiskus u. s. w.) und Zessionaren gebührt, **l. 6. de in integr. rest.: Non solum minoris, verum eorum quoque omnium, qui reipublicae causa abfuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita**

saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is, cui hereditas restituta est, sive filiifamilias militis successor, in integrum restitui poterit. — l. 24. pr. de minor., l. 25. de adm. et peric. tutor. (26, 7), l. 20. §. 1. de tutelae et rat. distr. (27, 3). Nicht Wenige aber erklären die in integr. rest. auch noch in einem andern Sinne für ein beneficium reale, indem sie nämlich ganz ähnliche Grundsätze dabei annehmen wollen, wie bei exceptiones rei cohaerentes, und demgemäß auch z. B. andren Personen, die für die Schuld interzedirten, also besonders Bürgen eben so das Recht zur in integr. rest. zugestehen, wie dem Schuldner selbst, vgl. z. B. Glück V. S. 457 fgg. und die dort Zitt. Es ist dies aber gewiß irrig, denn die in integr. rest. ist eine Art von Klage im weitern Sinne des Worts, und man sieht in der That nicht ein, wie hierbei die Analogie von Einreden entscheiden könnte. Dies ist auch in den Gesetzen nirgends geschehn, und namentlich nicht in der für die entgegengesetzte Meinung vorzüglich angeführten l. 7. §. 1. de except. (44, 1). Nachdem dort nämlich der Satz vorangestellt ist, daß rei cohaerentes exceptiones auch den Bürgen zuständen, wie z. B. die exc. rei judicatae, doli mali u. a. m., fährt Paulus fort: Idem dicitur et si pro filiofamilias contra SCtum quis fidejusserit, aut pro minore XXV. annis circumscripto. In diesen letzten Worten wird aber offenbar nicht gesagt, daß der Bürge eines Minderjährigen einen Anspruch auf in integr. rest. habe, sondern ihr Sinn ist einfach, daß dem Bürgen auch die exceptio legis Plaetoriae zustehe. Daß Paulus nur dieses hat sagen wollen, geht namentlich noch mit Evidenz aus den folgenden Worten, die für die richtige Theorie ganz entscheidend sind, hervor, und deren Sinn der ist: wenn der Minderjährige ohne Betrug verletzt ist, („si deceptus sit *in re*", oder, wie die Vulg. liest: si d. s. *jure*; vgl. auch Basil. LI. 1. 8: *νομίμως*), dann muß dieser erst nothwendig Restitution erlangt haben, bevor ihm selbst oder seinem Bürgen eine Einrede gegen die Schuld zusteht, vgl. Burchardi S. 205 fgg. S. 214 fgg., v. Savigny über die lex Plaetoria S. 11 fgg. in der gesch. Zeitschr. X. S. 249 fgg., Syst. VII. S. 219. Not. k. Das Resultat aus dieser Stelle ist also: wahre exceptiones stehen allerdings, wenn sie rei cohaerentes sind, dem Bürgen zu, aber nicht auch die in integr. restit., und ganz zu demselben Resultat führt auch namentlich l. 95. §. 3. de solut. (46, 3), wo Papinian das Recht eines Bürgen, Restitution zu erlangen, durchaus nur darauf gründet, weil der Bürge in dem konkreten Falle Erbe des lädirten Schuldners geworden war. Wäre die gegnerische Ansicht richtig, so müßten konsequent auch diejenigen einen Anspruch

auf die Restitution haben, welche schon gesetzlich für eine fremde Schuld einstehen müssen, wie dies z. B. bei der actio de peculio, quod jussu u. s. w. der Fall ist, was aber von Ulpian geradezu geläugnet ist, l. 3. §. 4. de minorib., vgl. überhaupt Burchardi S. 408 fgg.

---

3) Voraussetzungen hinsichtlich der Zeit. §. 180.

Cod. II. 53. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum — Glück V. S. 432 fgg., Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 1 fgg., Burchardi §. 27, Savigny S. 242 fgg.

Justinian, l. 7. C. h. t.: Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus, et in antiqua Roma et in hac alma urbe, et in Italia et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorato continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quaemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus; ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupatae, omne excipiatur: et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio.

Anm. Wie die meisten prätorischen Rechtsmittel innerhalb eines annus utilis geltend gemacht werden mußten, so war dies auch bei der in integrum restitutio der Fall, und nur die rest. propter capitis deminutionem war eine perpetua, l. 2. §. 5. de capite minutis (4, 5). Constantin verordnete aber, daß bei der restitutio minorum der annus utilis wegfallen, und Statt dessen

ein quinquennium oder quadriennium oder triennium continuum eintreten solle, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in einer Provinz domizilirt sei, l. 2. C. Th. de integri rest. (2, 16). Weiter ging noch Justinian, der für die rest. minorum und majorum ohne alle Rücksicht auf den Wohnort in der abgedruckten l. ult. ein quadriennium continuum einführte. Dabei sind aber besonders folgende Streitfragen entstanden:

1) Bestritten ist schon der Umfang der Justinianischen Verordnung. Während nämlich Viele nur an die rest. majorum im technischen Sinne des Worts, also an die rest. propter absentiam denken, z. B. v. Löhr im Arch. X. S. 86 fgg., Vermehren ebendas. S. 399. Not. 5, Zimmern III. §. 107. a. E., beziehen die meisten Neuern sie auf jede Restitution, also auch auf die wegen dolus, metus u. dgl., vgl. z. B. Glück V. S. 436 fgg., Unterholzner §. 151. Not. 525, Burchardi S. 509 fgg., Savigny S. 255 fgg. In der That ist dieser Punkt sehr problematisch, denn während die Ausdrücke in §. 1. sich offenbar nur auf die rest. propter absentiam beziehen, spricht umgekehrt für die ausdehnende Erklärung der scharfe Gegensatz im princ.: quod non solum in minorum restitutionibus, sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus. Wirklich möchte dies Letztre auch entscheidend sein, da daraus Justinian's Absicht, das quadriennium für jede Restitution einzuführen, klar hervorzugehen scheint, vgl. auch Rubr. Cod. de tempor. in integr. rest. tam minorum, et *aliarum personarum* quae rel. Folgen wir aber dieser ausdehnenden Erklärung, so sind wir doch nicht berechtigt, dieses quadriennium auch bei den gewöhnlichen restitutorischen Klagen und bei der restit. propter capitis deminutionem anzunehmen, denn die erstren gehören gar nicht zur in integr. rest., und die zweite muß noch immer eine perpetua sein, da Justinian ausdrücklich sagt, daß er dieses quadriennium, *pro utili anno* einführe; a. M. ist hinsichtlich d. letztern Punkts, Burchardi S. 514.

2) Was den Anfangspunkt dieses quadriennium anbelangt, so verweis't Justinian auf das frühere Recht, denn es soll dieses quadriennium continuum von demselben Tage an beginnen, an welchem vorher der annus utilis zu laufen anfing („ex die, ex quo annus utilis currebat"), und demgemäß verordnete er noch speziell, daß die Verjährung bei der restitutio minorum von dem Tage an, an welchem der Lädirte in sein 26. Lebensjahr trete, und bei der restitutio propter absentiam von dem Tage der praesentia zu laufen anfangen solle. Wenn ungeachtet dieser klaren Bestimmungen dennoch nicht Wenige annehmen daß das quadriennium doch in keinem Falle eher beginnen könne, als bis der

Lädirte von der Läsion Kenntniß erhalten habe, daß also hier ein s. g. **tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus** angenommen werden müsse, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 442 fgg., Wening §. 554, Bickell in der Zeitschr. für Kurh. I. S. 185 fgg. u. A. m.: so ist dieses gewiß völlig unhaltbar. Zwar beruft man sich für diese Ansicht darauf, daß doch auch nach früherem Rechte der **annus utilis** erst von dem Augenblicke an zu laufen begonnen habe, in welchem der Lädirte Kenntniß von der Läsion erhalten habe, **l. 6. de calumniat.** (3, 6), und daß Justinian ja ausdrücklich vorschreibe, daß das **quadriennium continuum** von demselben Tage anfangen solle, an welchem ehedem der **annus utilis** angefangen habe. Aber es ist eine völlig irrige Vorstellung, daß der **annus utilis** erst **a momento scientiae** begonnen habe; vielmehr fing derselbe sogleich von dem Augenblicke der erreichten Volljährigkeit und beziehungsweise von der erfolgten Rückkehr an, und es gehörte also auch schon die Zeit, in welcher der Beschädigte die Läsion noch nicht kannte, in den Zyklus des **annus utilis**, nur daß diese Tage nicht angerechnet wurden, weil die **postestas experiundi** fehlte. Jeder denkbare Zweifel über den Sinn der Justinianischen Verordnung muß aber verschwinden, wenn man damit die oben angeführte Verordnung von Konstantin in **l. 2. C. Th. de int. rest.** in Verbindung bringt; hiernach soll nämlich ein lädirter Minderjähriger in Rom **„usque ad anni tricesimi extremum diem"**, in Italien **„usque ad finem anni vicesimi et noni"**, in den Provinzen **„usque ad completum annum vicesimum et octavum"** d. Restitution nachsuchen können, **„quo transacto tempore manifeste omnes sciant, legum sibi deinceps praesidia denegari"**. Daß hiernach auf Wissen oder Nichtwissen schlechterdings nichts ankommen kann, versteht sich ganz von selbst, und da nun Justinian nach seiner eigenen ausdrücklichen Erklärung sein **quadriennium continuum** ganz an die Stelle der Konstantinischen Skala gesetzt hat, so ist seine Verordnnng nur so aufzufassen, als wenn er gesagt hätte: ein Minderjähriger kann künftig nur Restitution fordern **„usque ad finem anni vicesimi et noni"**. Vgl. auch Unterholzner §. 153, Vermehren im ziv. Arch. X. 18, Burchardi S. 517 fgg., Kritz Rechtsfälle II. S. 10 fgg., Puchta Lehrb. §. 105. not. e, Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 389. Not. 123, Savigny S. 248 fgg. — Was die übrigen Restitutions-Gründe anbelangt (**dolus, metus, error**), so kann es nach dem Bisherigen nicht wohl zweifelhaft sein, daß bei ihnen das **quadriennium continuum** unmittelbar von der Läsion zu laufen anfangen muß. Doch kehrt auch hier derselbe Streit wieder, und nicht nur Solche, die auch bei der Minderjährigkeit und der

Abwesenheit auf die Kenntniß der Läsion sehen wollen, nehmen dasselbe auch bei Dolus u. s. w. an, sondern dies geschieht selbst bisweilen von solchen, die bei Minderjährigen und Abwesenden der richtigen Theorie folgen, wie z. B. von Savigny S. 246 fgg., S. 250 fgg. Wenn Savigny zur Begründung dieser Ansicht von dem Satze ausgeht, daß auch der **annus utilis** des früheren Rechts immer erst zu laufen begonnen habe, wenn der die Restitution begründende abnorme Zustand des Verletzten aufgehört habe, und daß folglich bei der **restitutio propter dolum** und **propter errorem** die Zeit der fortdauernden Täuschung und des noch nicht aufgeklärten Irrthums ganz eben so von der Verjährungs-Zeit ausgeschieden werden müßten, wie bei der **restitutio minorum** und **absentium** die Zeit der Minderjährigkeit und der Abwesenheit: so läßt sich für einen solchen Satz nicht ohne Schein Manches aus innern Gründen anführen, aber dem römischen Rechte ist derselbe gänzlich fremd. Für die Verjährung der Restitution muß man vielmehr, ganz ähnlich wie für die Verjährung der Klagen, von dem Grundsatze ausgehen, daß die Zeit von dem Momente zu laufen beginnt, in welchem die Restitution **„jure competere coepit"**, d. h. von dem Moment der geschehenen Läsion; eine Regel, von welcher die Gesetze nur bei der **restitutio propter minorem aetatem** und **propter absentiam** eine Ausnahme machen. Wenn dennoch früher auch bei der **restitutio propter dolum** und **propter errorem** für die Verjährung effektiv erst die Zeit nach erlangter Kunde der Läsion in Betracht kam, so hatte dies lediglich seinen Grund darin, weil die Verjährungs-Zeit ein **tempus utile** war, und dabei überhaupt die Zeittheile ausfallen, in denen man wegen Irrthums keine **potestatem experiundi** hat. Mit der Umwandlung des **tempus utile** in ein **tempus continuum** mußte dies demnach von selbst hingwegfallen, und seitdem kann also ohne große Willkür kein andrer Zeitpunkt, als der der Läsion, in welchem die Restitution **nata** ist, angenommen werden. Dies wird denn auch vollkommen bestätigt durch die Verordnung Konstantin's in **l. 8. C. de dolo malo** (2, 21), [**l. 1. C. Th. eod.** 2. 15], in welcher für die **actio doli** Statt des früheren **tempus utile** ein **tempus continuum** festgesetzt wurde, und worin als sich von selbst verstehende Folge dieser Veränderung angeführt wird, daß die Verjährung sogleich mit dem Augenblick der dolosen Läsion, und nicht erst, wie ehedem, von dem Augenblicke der erlangten Kunde anfange (**„non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit — —, sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus"**). Wenn sich aber Savigny S. 250 für seine Ansicht auch noch auf eine Bestimmung des kanonischen Rechts, nämlich

auf c. 2. de restit. in VI. (1, 21) beruft, indem hier ausdrücklich anerkannt sei, daß bei der **restitutio propter errorem** nicht der Augenblick der Läsion für den Anfang der Verjährung maßgebend sei: so ist auch dieses völlig unhaltbar. Faßt man nämlich jene Dekretale unbefangen auf:

> „**Si adversus confessionem in judicio a se factam laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum infra quadriennium, ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat: non est, nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum, ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare: hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum**“,

so ist es klar, daß hier nicht der Gegensatz vorkommt, welchen Savigny darin finden will, ob nämlich die Kirche als solche (gleichsam **propter minorem aetatem**), oder ob sie *propter errorem* sich restituiren lassen will; sondern offenbar ist in der zweiten Hälfte der Stelle gar nicht von einer **in integrum restitutio** die Rede, und der Gegensatz ist also vielmehr der: „wenn die Kirche das **auxilium extraordinarium** der **in integrum restitutio** imploriren will, so muß sie das **quadriennium restitutionis**, und zwar **a momento laesionis** beachten; wenn sie aber in der Lage ist, ohne **in integrum restitutio, per viam communem** ihr Geständniß wegen Irrthums revoziren zu können, dann ist sie natürlich an diese Zeitfrist nicht gebunden“. — Was endlich noch die, der **rest. propter minorem aetatem** nachgebildete Restitution der Städte, Kirchen und Klöster anbelangt, so ist natürlich auch hierbei der Augenblick der geschehenen Läsion entscheidend, vgl. bes. **Clem. un. de rest. (1, 11): „infra quadriennium continuum** ***a momento laesionis***“, u. s. auch **c. 1. u. 2. de rest. in VI. (1, 21)**; und wenn hier dennoch Viele wegen des in **c. 1.** und **2. citt.** vorkommenden Ausdrucks: ***„negligenter*** **omiserit**“ annehmen, daß doch allerdings die Zeit der Unkunde ausgenommen werden müsse, weil man während derselben offenbar nicht von einer Nachläßigkeit reden könne: so ist dieses gewiß unhaltbar, da im Geiste eines Gesetzes, welches ein **tempus** ***continuum*** anordnet, Jeder als **negligens** angenommen werden muß, welcher den gesetzlich bestimmten Zeitraum unbenutzt vorübergehen läßt, ohne daß dabei erst noch untersucht werden darf, ob ihm dabei denn auch wirklich eine Verschuldung zur Last fällt, oder nicht, vgl. auch Savigny S. 249 fgg. Nur, wenn ganz besondre Gründe einwirkten, wodurch die Nichtbeachtung der Restitutions-Frist gerecht-

fertigt wird, wie z. B. Betrug oder **praevaricatio**, so soll darauf billige Rücksicht genommen werden, **c. 1. 2. de rest. in VI.**, und dieses darf wohl allerdings nicht auf die Restitution der Kirchen beschränkt, sondern muß bei allen Restitutionen in gleicher Weise angenommen werden, vgl. auch Kritz a. a. O. S. 23 fgg. und Savigny S. 261 fgg.

3) Dieses **quadriennium** ist aber nicht blos dazu bestimmt, daß innerhalb desselben das Restitutionsgesuch angebracht werden soll, sondern es muß vielmehr nach den ausdrücklichen Worten Justinian's der ganze Prozeß innerhalb dieser Zeit beendigt werden. Freilich ist Manchen diese Verordnung so unglaublich vorgekommen, daß sie Statt *finiendam* **litem** lesen **incundam** oder **inchoandam**, vgl. z. B. selbst *Donell.*, **comm. lib. XXII. C. 10**, was aber ganz verkehrt ist, da im Grunde Justinian's Verordnung gar nichts Neues enthält, denn bei dem alten **annus utilis** verhielt es sich schon gerade so, **l. 39. pr. de minor., l. 5. pr., l. 6. C. de tempor. in integr. rest.**, und in der oben erwähnten Konstantinischen Verordnung über die Restitutionszeit der **minores** findet sich dieselbe Bestimmung, so wie ja auch bekanntlich Justinian für alle Prozesse eine dreijährige Frist festgesetzt hat (s. oben §. 152. Anmerkung 2). Aus denselben Gründen aber, aus denen diese allgemeine Prozeßverjährung niemals in unsern Gerichten Anwendung gefunden hat, ist dies auch bei der besondern Vorschrift über den Restitutionsprozeß der Fall gewesen, und es ist also heut zu Tage das **quadriennium** blos für die Anbringung des Restitutionsgesuchs bestimmt. Glück S. 445 und die dort Angeff., Burchardi S. 503 fgg., Savigny S. 253 fgg.

4) Ist der Lädirte gestorben, so läuft das **quadriennium** seinen Erben fort, und zwar, wenn sie volljährig sind, von dem Augenblick des Erbschafts-Antritts oder der **agnitio bonorum possessionis**, wenn sie aber minderjährig sind, von der erlangten Volljährigkeit an, **l. 19. de minorib. (4, 4), l. 5. §. 1—3. C. de temp. in integr. rest. (2, 53)**; Savigny S. 264.

C) Verfahren bei der Restitution. §. 181.

1) *Modestin.*, l. 3. de in integr. rest. (4, 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.

2) *Ulp.*, l. 12. § 1. de minor. (4, 4): Interdum autem

restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum. Utputa rem a minore emisti et alii vendidisti, potest interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, *et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem judicio.*

3) *Scaevola,* l. 39. pr. eod.: Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt. Dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellarunt; praeses in eventum appellationis caetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita apellationis apud imperatorem cognitione et injusta appellatione pronunciata, egressi aetatem deprehendantur, an caetera negotia implere possunt, quum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, perinde cognosci, atque si nunc intra aetatem essent.

Anm. Vgl. vorzüglich Burchardi §. 23—27. (wo sich auch §. 25 eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen findet), v. Schröter a. a. O. S. 99 fgg., Schneider a. a. O. S. 57 fgg., Puchta Kurs. d. Institt. II. §. 177, Savigny S. 228 fgg.

D) Wirkungen der Restitution. §. 182.

Burchardi §. 29. 30, Savigny S. 264 fgg.

II. Von den einzelnen Restitutionsgründen.

A) Minderjährigkeit. §. 183.

Dig. IV. 4. de minoribus XXV annis; Cod. II. 22. de in integrum restitutione minorum; II. 23. de filiofamilias minore; II. 24. de fideiussoribus minorum; II. 25. si tutor vel curator intervenerit; II. 43. si minor se maiorem dixerit vel maior probatus fuerit; II. 45. de his, qui veniam aetatis impetrave-

runt; II. 46. si major factus ratum habuerit. — Burchardi a. a. O. §. 13—15, Savigny S. 145 fgg.

Ulp. l. 1. §. 1. h. t. Praetor edicit: *quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.*

Anm. 1. Es ist eine bestrittene Frage, inwiefern das **beneficium restitutionis** der Minderjährigen, auch den Bürgen derselben zu Gute komme? vgl. Glück V. S. 561 fgg. und die da Angeführten, und dazu Reinhardt, Ergänz. zu Glück II. S. 185 fgg., Burchardi S. 570 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 395. Not. 163, Savigny S. 217 fgg. Diese Frage kann nun freilich nicht, wie auch schon oben bemerkt wurde, den Sinn haben: ob auch die Bürgen sich so, wie der **minor** selbst **in integrum** restituiren lassen könnten? denn dies ist absolut zu verneinen, sondern der Sinn jener Frage ist nur der: ob der Bürge dann, wenn der Minderjährige schon **in integrum** restituirt ist, sich darauf berufen dürfe, oder nicht? Die meisten Neueren gehen dabei, und, wie ich glaube, mit vollem Rechte, von der nur gewöhnlich nicht bestimmt genug ausgedrückten Unterscheidung aus, daß dem Bürgen dann die Restitution des Minderjährigen nichts nützt, wenn er gerade, um dem Gläubiger Sicherheit gegen die Minderjährigkeit des Schuldners zu geben, interzedirte, und die Restitution dann auch wirklich gerade nur wegen der **minor aetas** — also nicht etwa wegen **dolus** des Kreditor u. dgl. — erfolgte; daß aber in andren Fällen allerdings der Bürge durch die Restitution des Schuldners liberirt werde. Mit diesen der Natur der Sache und der Analogie — man denke an die Bürgen von **impuberes, prodigi** und **furiosi, l. 25. de fidejuss.** (46, 1), **l. 127. de V. O.** (45, 1), vgl. mit **l. 6. eod.** — durchaus angemessenen Sätzen können auch vollkommen die oft als sich widerstreitend angenommenen Gesetze vereinigt werden. Daß hier eine Unterscheidung gemacht werden muß, deutet a) Ulpian in **l. 3. §. 4. de minor. an: ut solet** ***interdum*** **fidejussoribus ejus prodesse**, und gerade zu sagt Paulus **rec. sent. I. 9. §. 6: qui** ***sciens prudensque*** **se pro minore obligavit, si id** ***consulto consilio*** **fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succurritur.** b) Eben dahin führt auch der Ausspruch von Ulpian in **l. 13. pr. de minor.**: es hänge von der Beschaffenheit der einzelnen Fälle ab, ob auch den Bürgen die **in integr. rest.** nütze, denn wenn der Gläubiger wisse, daß der Schuldner minderjährig sei, und eben wegen

des daher fließenden Mißtrauens einen Bürgen annehme, so dürfe dem Bürgen nicht geholfen werden. c) Ganz die obige Unterscheidung liegt auch der l. 95. §. 3. de solut. (46, 3) zu Grunde, einer Stelle, die auch in kritischer Beziehung bestritten ist, vgl. *Schulting* et *Smallenburg* ad h. l. (tom. VII. pag. 120 sqq., pag. 1354), Glück V. S. 570. Not. 66, S. 572. Not. 69, Reinhardt, Erg. II. S. 192 fg., Schneider im deutschen Korp. jur. ad h. l. (Bd. IV. S. 764 fg. Not. 128 fg.), vgl. auch unten Bd. III. §. 620. T. 2. Papinian sagt hier: **Quod vulgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres extiterit, ex causa fidejussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur; e contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem; nam si minori XXV annis bona fide pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fidejussore: difficile est dicere, causam juris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit**". Der innere Zusammenhang in der zweiten Hälfte ist gewiß folgender: wenn sich Jemand für einen Minderjährigen verbürgt hat, und zwar nicht in der Absicht, um den Gläubiger gegen die mögliche Restitution sicher zu stellen („**sine contemplatione juris praetorii**"; gerade den umgekehrten Sinn verbinden freilich mit diesen Worten Burchardi S. 413 fgg. Not. 60. und S. 574 fgg., und Schneider in der angef. Uebersetzung des Korp. jur.; aber es wird dadurch den Worten nicht nur Gewalt angethan, sondern auch dem Papinian eine völlig inkonsequente Entscheidung aufgebürdet): so ist die Obligation aus der Bürgschaft nicht stärker, als die prinzipale, indem den Bürgen die Restitution des Hauptschuldners zu Gute kommt; wird nun also der Bürge Erbe des minderjährigen Schuldners, so hört seine Bürgschafts-Schuld auf, und er kann sich den Ansprüchen des Gläubigers durch das **beneficium restitutionis** seines Erblassers entziehen. — d) Ebenfalls in voller Uebereinstimmung mit unsern obigen Grundsätzen ist das Reskript von Diokle t. und Maximian in l. 2. C. de fidejuss. minor.: Wenn eine Minderjährige mit Beobachtung aller für Bevormundete vorgeschriebenen Solennitäten — woraus hervorgeht, daß sowohl der Käufer, wie der Bürge das minderjährige Alter

der Verkäuferin kannten — ein Grundstück verkauft, sich aber nachher in integrum restituiren läßt, so bleiben die von der Verkäuferin gestellten Bürgen obligirt, wenn die Restitution gerade nur wegen der minor aetas ertheilt wird, während dieselben dann liberirt werden, wenn der Käufer sich eines Betrugs schuldig machte. — In allen angeführten Gesetzen sind die vorherbemerkten Grundsätze so bestimmt ausgesprochen, daß wir dieselben ohne allen Anstand als Prinzipien des römischen Rechts betrachten können, und dem widerstreitet auch durchaus nicht weder l. 51. de procurat. (3, 3) — woraus man vorzüglich hat ableiten wollen, daß den Bürgen der Minderjährigen die Restitut. stets nütze — noch auf der andren Seite l. 7. §. 1. de except. (44, 1), l. 1. C. de fidejuss. minor. — worauf man sich vorzüglich für die gerade umgekehrte Ansicht beruft — denn a) in l. 7. cit. wird in den Worten: nec fidejussori danda est exceptio, dem Bürgen nicht überhaupt die Einrede aus dem minderjährigen Alter abgesprochen, sondern es wird da nur gesagt, daß er nicht eher eine Einrede gewinnen könne, als bis der Minderjährige selbst restituirt ist (s. oben Anm. zu §. 179). — b) In l. C. cit. rescribiren allerdings Sever und Antonin in einem einzelnen Fall, daß die Bürgen trotz der Restitution des Hauptschuldners verhaftet bleiben sollten; aber offenbar ist hier ein Fall zu supponiren, in welchem die Bürgen gerade der Minderjährigkeit wegen zugezogen wurden. Es hat dies um so weniger Bedenken, da der Hauptinhalt des Reskripts darauf geht, daß der Minderjährige dann, wenn der Bürge noch verhaftet bleibt, noch einer besondren Restitution diesem Bürgen gegenüber bedürfe, um die Mandatsklage abzuwenden. — c) In l. 51. cit. sagt Ulpian, ein Minderjähriger könne in der Regel kein tauglicher defensor sein, quia et ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur. Sicher denkt hier Ulpian nur an den Fall, daß der Minderjährige die einem Defensor obliegende cautio judicatum solvi durch Bürgen stellt, und dabei gar keine Rücksicht auf das minderjährige Alter des Defensor genommen ist. An einen Widerspruch Ulpians mit sich selbst, vgl. l. 3. §. 4, l. 13. pr. de minor., und mit den obigen Aussprüchen unserer Gesetze ist nicht zu denken. —

Anm. 2. Als besondre Beschränkungen der restitutio minorum sind, abgesehen von einigen für uns unpraktischen Bestimmungen, l. 13. §. 11. C. de judic. (3, 1), l. 1. §. 1. C. de plus petit. (3, 10) folgende zu bemerken:

1) die Restitut. fällt weg, wenn der Minderjährige das Geschäft eidlich bekräftigt, Auth. Sacram. puber. (s. oben §. 170. Anm.);

2) wenn der Schuldner eines Minderjährigen dem Vormunde in Folge richterlichen Dekrets Zahlung leistete, l. 7. §. 2. de minor., l. 25. C. de adm. tut. (5, 33), §. 2. J. quib. alien. licet vel non (2, 8). Die Auffassung Savigny's S. 151, daß durch Justinian's Vorschrift die Restit. nicht eigentlich ausgeschlossen, sondern nur das Bedürfniß dazu zum größten Theile weggefallen sei, dürfte schwerlich zu billigen sein.

3) Wenn ein Minderjähriger sich gegen eine vom Vater für ihn geschehene Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft hat restituiren lassen, und dagegen wiederum Restitution verlangt, l. 8. §. 6. C. de bon. quae liber. (6, 61).

4) Auch dann soll die Restitution wegfallen, wenn ein Minderjähriger auf Befehl seines Vaters ein Geldbarlehn aufgenommen hat. Obwohl sich für diese spezielle Ausnahme kaum entscheidende innere Gründe auffinden lassen dürften, so ist dieselbe doch sehr bestimmt in l. 3. §. 4. de minor. ausgesprochen:

Ulp. „Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium, si patrem conveniat creditor, auxilium cessat; *excepta mutui datione, in hac enim, si jussu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur*".

Freilich will jetzt Savigny S. 277 fgg. (Beilage XVIII.), indem er das *non* transponirt, und so lies't:

„— — in hac enim, si *non* jussu patris mutuam pecuniam accepit, adjuvatur",

einen ganz andren Sinn in die Stelle bringen, indem nun der Jurist sagen würde, daß bei dem ohne Vorwissen des Vaters gemachten Geldbarlehn dem Vater durch die exc. SCti Macedoniani geholfen würde; aber diese Textveränderung ist, ganz abgesehen von ihrer Willkürlichkeit, gewiß verwerflich, da nicht wohl zu begreifen ist, wie Ulpian, der in der ganzen vorliegenden Entwicklung lediglich von dem auxilium *in integr. restitutionis* spricht, und die Frage beantwortet, ob und wann dieses auxilium dem Sohne und beziehungsweise dem Vater zustehe, dazu kommen sollte, hier auf einmal das ganz heterogene auxilium SCti Macedoniani in seine Argumentation zu ziehen, und da überdies dem ganzen Zusammenhange nach lediglich von Fällen die Rede ist, in denen sich der Sohn jussu patris obligirt, und erst in dem folgenden Passus: Proinde et si sine jussu rel. auf diejenigen Fälle übergegangen wird, in denen der Sohn ohne Geheiß des Vaters Obligationen abschließt. Bedenkt man nun überdies, daß auch die Basiliken dieser Konjektur bestimmt entgegenstehen (Basil. X. 4. fr. 3. §. 4: „δανεισάμενος δὲ ὁ υἱὸς κελεύσει τοῦ πατρὸς οὐ βοηθεῖται" i. e. filius autem, qui jussu patris mutuam pe-

cuniam accepit, non adjuvatur), und daß überdies der Satz der l. 3. §. 4. cit. nach der handschriftlichen Lesart, unmittelbar bestätigt wird durch das Reskript von Gordian in l. 1 [2] C. de filiofam. minore (2, 23):

„Si frater tuus, quum mutuam pecuniam acciperet, in patris fuit potestate, *nec jussu ejus*, nec contra SCtum *contractum est*, propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare“:

so muß gewiß die von Savigny vorgeschlagene Textveränderung unbedingt verworfen werden.

5) Wenn ein Minderjähriger gegen einen Minderjährigen Restitution verlangt; hier gilt die Regel: beati possidentes, l. 11. §. 6. de minor., vgl. mit l. 34. pr. eod.

6) Wenn zwei nahe Verwandte sich über Rechte, die Einer nach dem Tode des Andern haben soll, giltig verglichen haben, l. 11. C. de transact. (2, 4).

7) Wenn ein bereits 18jähriger minor Geld aufgenommen hat, um denjenigen, zu dessen Succession er, durch Testament oder als Intestaterbe, berufen ist, aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, Nov. 115. c. 3. §. 13.

8) Wenn ein Minderjähriger veniam aetatis erlangt hat, rücksichtlich der nachher abgeschlossenen Geschäfte; gegen die Jahrgebung selbst findet aber Restitution allerdings Statt, l. 1. C. de his qui veniam aetatis impetrav. (2, 45).

9) Endlich fällt die Restitution auch dann weg, wenn der Minderjährige in Ausübung eines Gewerbes, einer Kunst u. dgl. lädirt ist, wozu er öffentlich autorisirt worden ist, indem hierin die Doktrin eine theilweise Jahrgebung erblickt.

Daß auch die Restitution zessire, wenn der Minderjährige auf die Inoffiziosität-Querel verzichtet habe, ist wohl ungegründet, indem die l. 1. C. de integr. rest. min. (2, 22), die ein Reskript Alexanders an eine gewisse Plotiana enthält, auch die Deutung zuläßt, daß die Anfragende als Frau auf die rest. minorum keinen Anspruch habe, was sich darauf bezieht, daß zur Zeit der klassischen Juristen dies allerdings nicht unbestritten war; vgl. l. 8. §. 2. qui satisd. cog. (2, 8), l. 110. §. 4. de R. J., l. 3. C. Th. de integri rest., Burchardi S. 252 fgg. Daß die Restit. auch dann wegfalle, wenn der Minderjährige sich arglistig für majorenn ausgegeben, wenn er als Großjähriger ratihabirt, wenn er sich eines Delikts schuldig gemacht habe u. dgl., ist zwar völlig gegründet, kann aber nicht zu den besondren Beschränkungen der rest. minorum gezählt werden. — Vgl. überhaupt Burchardi §. 15.

Analoge Ausdehnungen der rest. minorum. §. 184.

B) Zwang und Betrug. §. 185.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit; Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Dig. IV. 3; Cod. II. 21. de dolo malo. — Burchardi §. 18—20, Savigny S. 191 fgg., S. 198 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. quod met. c. gestum erit: Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

2) *Ulp.* l. 9. §. 3. 4. eod.: Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem exceptionem. Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem; ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. (§. 4.) Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

Anm. I. Schon von den ältesten Zeiten her galt im röm. Recht der wichtige Grundsatz, daß es in den **judiciis bonae fidei** zum **officium judicis** gehöre, auch den **dolus** zu berücksichtigen (wobei unter **dolus** auch der Zwang mitbegriffen ist), ein Grundsatz, der für den Kläger nicht weniger, als für den Verklagten von großer Bedeutung war. Der Kläger konnte nämlich demgemäß bei **judicia bonae fidei** mit der Kontraktsklage Entschädigung wegen Zwang oder Betrug von Seiten des Verklagten begehren, **l. 7. pr. §. 3, l. 9. pr. de dol., l. 4. pr., l. 6. §. 9, l. 13. §. 4. 5, l. 30.**

§. 1. de act. emti (19, 1), l. 43. §. 2, l. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18, 1) u. s. w., und der Verklagte hatte die Befugniß, bis zum Urtheil die exc. doli (generalis) vorschützen zu dürfen, worauf sich die bekannte Regel bezieht: exc. doli judiciis bonae fidei inest vgl. §. 155. Anm. 2. Bei actiones stricti juris konnte dagegen für den Kläger, wie für den Verklagten nur durch die dem Geschäfte ausdrücklich beigefügte clausula doli, also durch die Stipulation: dolum malum abesse et abfuturum esse geholfen werden, l. 1. §. 4, l. 7. §. 3. de dol., l. 31. de recept. (4, 8), l. 22, l. 38. §. 13, l. 53, l. 119, l. 121. pr. §. 3. de V. O. u. s. w. — An diese, schon im alten Zivilrecht begründeten Grundsätze schlossen sich nun die Prätorischen Edikte an, und zwar:

1) Das Cassianische Edikt über die *exceptio doli*, vgl. l. 4. §. 33. de doli mali et met. exc. (44, 4):

> *Ulp.* Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat *contentus doli exceptione*, quae est generalis; sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem, etenim rel.

Die nach grammatischer Auslegung dieser Stelle ebenfalls mögliche, und von Schneider subs. Klagen S. 315 fgg. und in den früheren Ausgaben dieses Lehrb. wirklich angenommene Meinung, daß Cassius nicht die exceptio doli, sondern vielmehr die actio quod metus causa eingeführt habe, steht mit den anderweiten Quellen-Zeugnissen über die Person dessen, der diese Klage einführte, und über die Zeit dieser Einführung in entschiedenem Widerspruche, und muß also gewiß verworfen werden, vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XII. S. 166 fgg. Wann aber dieses Cassianische Edikt erlassen sei, läßt sich mit Bestimmtheit nicht ermitteln, jedenfalls vor dem Oktavianischen Edikt über actio und exceptio metus causa, vgl. auch *Plaut.* Rud. V. 3. 25, Cic. ad Att. VI. 1, Burchardi S. 300 fgg., Rudorff a. a. O. S. 168, und der Inhalt desselben war gewiß der, daß dadurch die exceptio doli auch für actiones stricti juris eingeführt wurde, wobei freilich immer noch der wichtige Unterschied von den actiones bonae fidei blieb, daß sie stets dem Prätor vorgelegt, und von diesem in die formula aufgenommen werden mußte, l. 2. §. 4. 19, l. 7. de doli mali exc., l. 36. de V. O. (45, 1).

2) Das Oktavianische Edikt über das *vi metusve causa gestum*, und zwar jedenfalls vor 683 d. St., da Cicero desselben in seinen Verrinischen Reden erwähnt, II. lib. 3. c. 65. Ein Stück dieses Edikts kommt in l. 1. quod met. c. (T. 1.) vor, und ein Stück der in Gemäßheit desselben proponirten Klagformel

in l. 14. §. 11 eod.: *„neque ea res arbitrio judicis restituetur“*. Gewiß wurde also durch dieses Edikt die *actio* **quod metus causa** eingeführt, und wirklich wird auch in dem Digestentitel **quod metus causa** das dadurch begründete Rechtsmittel vielfach als *actio* aufgeführt, vgl. z. B. **l. 9. §. 1. 3. 8, l. 14. §. 2. 3. 15, l. 15 .l. 16. §. 2, l. 19, l. 20, l. 21. §. 6. quod met. causa**, und die bei **Cic. l. c.** erwähnte **formula Octaviana** ist nichts Andres, als die für die **actio qu. met. c.** aufgestellte Klagformel. Daß übrigens durch dasselbe Edikt auch die *exceptio* **quod metus causa** eingeführt ist, kann wohl kaum einen begründeten Zweifel leiden, vgl. auch **l. 9. §. 3 eod.** (T. 2). Vgl. überhaupt Burchardi S. 303 fgg. und Rudorff über die Oktavianische Formel; in der gesch. Zeitschr. **XII. 3.**

3) Das Aquilische Edikt über die *actio doli,* gegen das Jahr 688, wovon **Cic. de nat. Deor. III. 30.** geradezu sagt, es sei dadurch das **judicium de dolo malo** eingeführt worden; vgl. auch **Cic. de offic. III. 14.** Wenn übrigens Cicero an dieser letztren Stelle sagt: **nondum enim Aquilius protulerat de dolo malo formul***as,* so darf aus diesem Plural nach einer bekannten Redeweise der Römer gewiß nicht gefolgert werden, daß gerade mehrere **formulae de dolo** von Aquilius aufgestellt worden seien, und es ist eben so unhaltbar, mit Burchardi S. 308 fgg., dabei an eine **formula in jus** und **in factum concepta** zu denken, da die prätorische **actio doli** niemals **in jus concepta** sein konnte, als mit Schneider a. a. O. S. 325 fgg. darunter die **actio** und die *exceptio* **doli** zu verstehen, da die letztere, wie oben angedeutet wurde, schon lange vor Aquilius eingeführt war. —

Außer den bisher betrachteten finden sich keine weiteren über **metus** und **dolus**, und da in denselben nur von der *actio* und *exceptio* **doli** und **quod metus causa** die Rede ist, so erklärt sich daraus leicht die Meinung vieler älterer und neuerer Juristen, daß gerade in diesen Rechtsmitteln die **in integrum restitutio propter dolum et metum** bestehe. Dies ist aber gewiß irrig, und es läßt sich vielmehr auf das Bestimmteste aus unsren Quellen nachweisen, daß die **in integrum restitutio** als ein neues, von jenen Klagen und Einreden verschiedenes Rechtsmittel vorkommt, vgl. unten **II.** und **III.** Der geschichtliche Gang ist dann wohl so zu denken, daß die, wahrscheinlich durch die sehr generelle Fassung des Oktavianischen Edikts veranlaßte, und durch kaiserliche Reskripte unterstützte Doktrin die **in integrum restitutio** einführte, theils der größeren Vortheile wegen, die das schnellere Verfahren bei **in integr rest.** gewährte (woher es namentlich kam, daß bei **judicia bonae fidei** später die **in integr. rest.** gewöhnlicher war, als die

Kontraktsklage, s. oben §. 177. Anm. 1), theils deßhalb, weil es Fälle gab, wo die bisherigen Rechtsmittel (Kontraktsklagen, actio und exc. quod metus causa) doch nicht aushalfen, wie z. B. bei erzwungener Antretung einer überschuldeten, und bei erzwungener Ausschlagung einer vortheilhaften Erbschaft u. dgl. m. Die neuerlich besonders von Savigny S. 112 fgg., S. 191 fgg., S. 199. vertheidigte umgekehrte Ansicht, daß nämlich anfänglich gerade die in integrum restitutio durch das prätorische Edikt eingeführt worden sei, dieselbe aber späterhin durch die Einführung der actio und exceptio doli und quod metus causa zum größten Theile ihre Anwendbarkeit verloren habe, dürfte sich schwerlich mit unsren Quellen vereinigen lassen, und namentlich beweis't die Erzählung Cicero's de offic. III. 14. bestimmt genug, daß vor dem Aquilischen Edikt über die actio doli es auch keine in integrum restitutio propter dolum im römischen Rechte gegeben hat.

II. Daß nun wegen *metus*, um von diesem zunächst zu reden, im neuern römischen Rechte wirklich eine, von der actio und exceptio quod metus causa verschiedene in integrum restitutio vorkommt, geht namentlich aus folgenden gesetzlichen Bestimmungen hervor:

1) Vorzüglich gehört hierher l. 9. §. 3. 4. quod met. causa (T. 2), wo Ulpian ausdrücklich ein Reskript von Alexander Sever dafür anführt, daß neben der actio und exceptio quod metus causa auch eine in integrum restit. vorkommen könne, und dann so fortfährt: ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio (sc. metus) detur. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione, welche letztern Worte ganz entschieden auf die eigenthümliche in integr. rest. propter metum hinweisen, deren von der actio quod metus c. sehr verschiedenes Wesen ja gerade darin besteht, daß der Magistrat das erzwungene Rechtsgeschäft causa cognita durch ein Dekret reszindirt, und die verlornen Rechte restituirt, so daß also die alte Klage wieder eintritt, die je nach ihrer ursprünglichen Beschaffenheit in rem oder in personam ist, und auf das geht, worauf sie ursprünglich gerichtet war. Dahin führt denn auch namentlich das Reskript von Gordian in l. 3. C. de his quae vi (2, 20) verb.: postquam placuit, in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui Edicti.

2) Nicht minder beweisend ist l. 21. §. 6. quod met. c., wo Paulus von dem, welcher gezwungen eine Erbschaft ausschlägt, sagt: duplici via praetor succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem quod metus causa

praestando. Die hier erwähnten actiones utiles können nichts anderes sein, als die durch eigentliche in integr. rest. wieder erworbenen Klagen.

3) Hierher gehört auch l. 21. §. 5. eod., wo von dem, welcher gezwungen eine Erbschaft angetreten hat, gesagt wird: per praetorem restituendus est, ut abstinendi facultas ipsi tribuatur, vgl. l. 84. de adquir. her. (29, 2). (Wenn übrigens Manche wegen l. 6. §. 7. eod. behaupten, in diesem Falle könne nicht von einer in integr. rest. geredet werden, da vielmehr die Erbschaftsantretung nichtig sei, so übersieht man hierbei das Wörtchen fallens, wodurch offenbar auf eine simulirte hereditatis aditio hingedeutet wird).

4) Endlich gehören hierher auch, außer manchen anderen, (vgl. z. B. l. 25. pr. de minor., l. 1. C. de resc. vendit.) die schon früher aufgeführten Stellen, wo unter den justae causae restitutionis ausdrücklich der metus aufgeführt wird, und wobei nicht an die actio quod metus c. gedacht sein kann, eben weil dieselbe keine wahre in integr. restitutio ist.

Vgl. Burchardi, S. 359 fgg., Schröter, S. 117 fgg, Savigny S. 194 fgg.

III. Daß es auch eine von der actio, wie von der exceptio doli verschiedene in integrum restitutio propter dolum gebe, kann schon nach den bisherigen Ausführungen nicht wohl bezweifelt werden, und namentlich beweisen dies schon entscheidend genug die Stellen, in denen der dolus als Grund der in integr. rest. angeführt wird. Wirklich wird aber auch in andern Gesetzen die actio doli geradezu der in integr. rest. entgegen gesetzt, l. 7. §. 1. de integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6., l. 7. pr. l. 38. de dol. malo (4, 2), denn gewiß dürfen diese Stellen nicht so erklärt werden, daß die actio doli zessire, wenn noch eine andre in integr. rest. gegründet sei, sondern ihr Inhalt ist einfach: wenn in integr. restitutio Platz greifen kann, fällt die actio doli hinweg. Als einzelne Anwendungsfälle der wahren in integr. rest. propter dolum kommen in den Gesetzen folgende vor:

1) Nach einem Reskript von Hadrian soll dieselbe dann eintreten, wenn eine res judicata durch bestochene Zeugen-Aussagen hervorgebracht war, l. 33. de re judic. (42, 1).

2) Nach l. 18. de interrog. in jure (11, 1) wird demjenigen, welcher durch eine dolose Antwort auf eine vorgelegte interrogatio in jure um eine Klage gegen einen Dritten gekommen war, eine in integr. rest. dann gestattet, wenn der Betrüger insolvent ist.

3) Nach l. 7. §. 1. de in integr. rest. (4, 1), vgl. mit

pr. eod. wird auch der, welcher in Folge eines dolus einer gerichtlichen Ladung nicht folgte, in integrum restituirt, (s. §. 178. Anm.).

4) Nach §. 6. J. de actionib. (4, 6) können auch Kreditoren gegen betrügliche Veräußerungen ihres Schuldners Restitution erhalten (s. §. 178. Anm. geg. E.).

5) Endlich gehören hierher die schon früher (§. 177. Anm. 1.) angeführten kaiserlichen Konstitutionen, wornach später in elektiver Konkurrenz mit den Kontraktsklagen bei negotia bonae fidei auch die in integr. rest. gestattet wird.

Bei diesen im Gesetz allein angeführten Fällen müssen wir aber wohl stehen bleiben, und wir dürfen also nicht, wie Burchardi S. 376 fgg. anzunehmen scheint, vgl. auch Savigny S. 200 fgg., dieser Restitution einen eben so weiten Umfang geben, als der propter metum, obgleich innere Gründe allerdings dahin führen würden, da hier sogar wegen der Personalität der actio und exc. doli eine Aushilfe durch in integr. rest. noch mehrfach wünschenswerther wäre, als im Falle des metus. Daß aber diese Aushülfe wirklich nicht gewährt worden ist, beweist der ganze Pandektentitel de dolo malo, wo in allen solchen Fällen, z. B. wenn Jemand durch dolus zum Erbschaftsantritt oder zur Ausschlagung einer Erbschaft gebracht wurde, nur die actio de dolo zugestanden wird, diese aber nach den vorher angeführten Gesetzen nur dann Platz greift, wenn auch keine in integr. rest. statthaft ist, v. Schröter a. a. O. S. 128., Sintenis Zivitr. I. S. 379. Not. 86.

C. Irrthum. §. 186.

Anm. Daß es eine eigentliche in integrum restitutio propter errorem giebt, wird schon durch die allgemeinen Stellen, in denen die Restit. Gründe aufgeführt werden, (§. 178) bewiesen, und wirklich findet sich auch noch ein freilich nur verstümmelt erhaltenes Edikt, in welchem wenigstens ein Fall der in integr. rest. propter errorem aufgeführt wird. In l. 1. §. 1. und §. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (27, 6) werden nämlich als Worte des Prätor angeführt: *quod eo auctore, qui tutor non fuerit — — si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem.* Gewiß beziehen sich diese Worte auf den Fall, wenn ein Dritter einen Prozeß gegen einen Pupillen geführt, und

dabei ein **falsus tutor** auktorirt hatte. Von Seiten des Pupillen war dieser Prozeß, eben weil ein **non tutor auctoritatem** interponirt hatte, ganz ungiltig, und war also auch der Pupill kondemnirt, so konnte doch gegen ihn keine **actio judicati** angestellt werden; von Seiten des Klägers aber war der Prozeß allerdings giltig, und so durfte dieser die durch **litis contestatio** konsumirte Klage nicht wieder anstellen, indem ihm die **exceptio rei in judicium deductae** entgegenstand. War nun der Kläger in diese drückende Lage durch entschuldbaren Irrthum versetzt worden, dann soll er dagegen **in integrum** restituirt werden, Keller Lit. Kont. und Urth. §. 68, Francke, Beiträge S. 88 fgg., v. Schröter a. a. O. S. 114 fgg, Rudorff, Vormundsch. Bd. II. S. 293 fgg. — Gerade von dieser **in integr. rest.** kann aber aus begreiflichen Gründen bei uns keine Rede mehr sein, und wenn also, wie man oft annimmt, dies der einzige Fall einer **in integr. rest. propter errorem** wäre, so fiele dieselbe h. z. T. ganz hinweg. Dies ist aber freilich irrig, indem auch noch eine Reihe anderer Anwendungen in unsren Quellen vorkommt:

1) Ein im neuesten Recht ebenfalls antiquirter Fall wird in §. 33. **J. de actionib.** angeführt, wornach der, welcher durch **plus petitio** seine Klagen verloren hatte, im Falle eines so entschuldbaren Irrthums, **ut etiam constantissimus quisque labi posset**, restituirt werden konnte; vgl. *Gai.* IV. 53. 57. — Wenn Burchardi S. 388 fgg. in den Institutionen noch eine zweite Anwendung finden will, nämlich in §. 5. 6. **J. de hered. qualit.** (2, 19), so beruht dies auf einem Mißverständniß, denn von einer **in integr. restitutio** ist da gar keine Rede, und namentlich ist das Rechtsmittel, von dem hier Justinian rühmend erwähnt, daß er es eingeführt habe, nicht, wie Burchardi will, eine **in integr. rest.**, sondern das bekannte in **l. 22. C. de jure deliber.** (6, 30) eingeführte **beneficium inventarii.**

2) Nicht mehr anwendbar ist auch der in **l. 2. de exc. rei jud.** (44, 2) erwähnte Fall, der sich auf das Princip des früheren Rechts bezieht, wornach die dilatorische Einrede, wenn einmal **res in judicium deducta** war, wie eine peremtorische wirkte, *Gai.* IV. 123. Hiergegen soll Restitution verlangt werden dürfen.

3) Nach l. 1. §. 17. **de separat.** (42, 6) soll den Erbschaftsgläubigern, welche durch nachgesuchte Separation in Schaden gekommen sind, **justissima ignorantiae causa allegata**, durch Restitution geholfen werden.

4) In l. 13. **pr. de instit. act.** (14, 3) und l. 11. **pr. de exc. rei jud.** finden sich Beispiele einer Restitution, welche gegen den Verlust einer wirklich begründeten Klage dem ertheilt wird,

welcher durch irrthümliche Anstellung derselben aus einem falschen oder nicht beweisbaren Grunde sie verloren hatte; vgl. auch Sintenis Zivilr. I. S. 381 fgg. Not. 95.

5) Restitution wegen Irrthums wird auch erwähnt gegen ein aus einem entschuldbaren Irrthum auf eine **interrogatio in jure** geschehenes Zugeständniß oder Abläugnen, l. 11. §. 8—10. **de interrogat. in jure fac.** (11, 1).

6) Wem im Prozeß von seinem zur Kautionsleistung verbundenen Gegner unfähige Bürgen gestellt sind, der kann auf den Grund seines Irrthums Restitution dagegen erhalten, l. 8. §. 2. **qui satisd. cog.** (2, 8).

7) Wenn Jemand, dem die Erbschaft als einem **indignus** entrissen werden kann, dieselbe angetreten hat, so erlangt er nach der wirklichen Entreißung die durch Konfusion erloschenen Klagen gegen den Erblasser nicht wieder; aber im Falle eines entschuldbaren Irrthums wird ihm auf dem Wege der Restitution geholfen, l. 21. §. 1. **de SC. Silan.** (29, 5); l. 17. **de his quae ut indign.** (34, 9).

Betrachtet man diese in unsren Quellen enthaltenen Anwendungen der Restit. wegen Irrthums, so fällt es in die Augen, daß sie sich fast sämmtlich mehr oder weniger auf prozessualische Nachtheile beziehen, und wir müssen also gerade dies als Hauptgebiet dieser Restitution ansehen. Wirklich ist auch in der Praxis fast nur im Prozeß von einer Restitution wegen Irrthums die Rede, wobei man freilich gewöhnlich darin fehlt, daß man sich dabei auf die **generalis clausula** beruft. Vgl. bes. Francke, Beiträge S. 84 fgg., u. s. auch Savigny Syst. III. S. 384 fgg. VII. S. 196 fgg.

D) Capitis deminutio. §. 187.

Dig. IV. 5. de capite minutis. — Burchardi §. 17, Savigny Syst. II. S. 83 fgg., VII. S. 211 fgg.

Ulp., l. 2. §. 1. h. t.: Ait Praetor: ***qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.***

Anm. — 1) Wenn Jemand eine **capitis deminutio maxima** erlitt, so war dies mit Ausnahme der Kriegsgefangenschaft stets mit einer

Universal-Succession verbunden, wobei alle Forderungen, l. 128. §. 1. de R. J., l. 10. §. 1. de bon. damnator. (48, 20), wie Schulden, l. 2. pr., l. 7. §. 2. 3. de cap. min., l. 10. pr. de bon. damnat. klagbar auf den neuen Inhaber des Vermögens übergiengen. War aber Jemand gefangen worden, so wurde sein Vermögen bis zu seinem Tode oder seiner Rückkehr durch einen Kurator administrirt, wobei die Obligationen ihre volle Wirksamkeit behielten. — Ganz ähnliche Grundsätze traten bei der cap. dem. media ein; denn war sie eine Strafe, so war sie stets mit Vermögensverlust und resp. einer Universal-Succession verbunden, es müßte denn dem deminutus durch besondre Vergünstigung das Vermögen gelassen worden sein, wo er nicht nur seine Forderungen behielt, l. 21. de V. S., sondern auch aus seinen Schulden belangt werden konnte, l. 14. §. 3. de interd. et releg. (48, 22). Dies galt ohne Zweifel auch dann, wenn die capitis deminutio durch Verzicht auf die Zivität entstanden war. Die cap. dem. maxima und media konnten also niemals Veranlassung zu einer in integr. rest. der Kreditoren geben, indem diese dadurch gar nicht lädirt wurden, l. 2. pr. h. t.: **pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt, caeterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum.**

2) Ganz anders aber verhält sich dies bei der cap. dem. minima, wenn man sich nur an die §. 34. Anm. 2. entwickelten Grundsätze über die Wirkungen einer solchen cap. dem. erinnert. Hier war wirklich eine Aushilfe für die Kreditoren nöthig, und zu diesem Zwecke wurde das in l. 2. §. 1. h. t. aufbewahrte Edikt gegeben, wonach gegen den capite deminutus gerade so eine Klage gegeben werden soll, **perinde quasi id factum non sit**, vgl. *Gai.* IV. 38. mit III. 84. Dies ist aber offenbar eine wahre in integr. rest., und die Kreditoren erhalten daher einen Anspruch auf Abfindung aus dem Vermögen, welches sie ohne dazwischenliegende capit. dem. hätten angreifen können, so daß z. B. der pator arrogator das ganze ehemalige Vermögen, so wie den ganzen hinzugekommenen Erwerb den Kreditoren überlassen muß. Immer aber wird nach den ausdrücklichen Worten des Edikts nur denjenigen Kreditoren durch in integr. rest. geholfen, deren Forderungen vor der cap. dem. entstanden sind, s. auch l. 2. §. 2. h. t. (vgl. über diese Stelle Savigny II. S. 83 fgg.), und auch diejenigen können auf Restitution keinen Anspruch machen, welche selbst die cap. dem. ihres Schuldners bewirkt haben, wie wenn Jemand seinen Schuldner arrogirt und nachher wieder emanzipirt hat, l. 2. §. 4. h. t. Sehr bestritten aber ist es, ob blos

die Kreditoren, oder ob auch der Deminuirte selbst wegen der durch die cap. dem. für ihn verloren gegangenen Forderungen, auf diese in integr. rest. Anspruch machen könne, und namentlich sind noch die neuesten Schriftsteller über in integr. rest. verschiedener Meinung, denn während Burchardi S. 278. eine solche Restitution in Abrede stellt, wird dieselbe von Schneider S. 296 fgg. eifrig in Schutz genommen. Erinnert man sich aber an die oben in §. 34. Anm. 2. aufgestellten Grundsätze, wornach in der Regel von einer Erlöschung der Forderungsrechte des deminutus durch die cap. deminutio gar keine Rede sein kann, so muß dieser Streit freilich als ein ganz unnützer und leerer erscheinen, und es erkärt sich von selbst, weßhalb unsre Quellen diese ganze Frage auch nicht mit einem Worte berühren.

3) Da auch noch im Justinianischen Rechte die capit. dem. minima die Wirkungen hervorbringt, welche unsere in integr. rest. nöthig machten, wie dies oben gegen die abweichende Ansicht von Burchardi gezeigt worden ist, (§. 34. Anm. 2), so versteht es sich, daß auch die Restitution wegen cap. dem. für das Justinianische Recht noch als geltend angesehen werden muß.

E) Abwesenheit und generalis clausula. §. 188.

Dig. IV. 6. ex quibus causis majores XXV. annis in integrum restituuntur; Cod. II. 51. de restitutionibus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt; II. 52. de uxoribus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt; II. 54. quibus ex causis majores in integrum restituantur. — Francke, Beiträge S. 68 fgg., Burchardi §. 12, Savigny S. 161 fgg.

1) *Ulp.*, l. 1. §. 1. h. t.: Verba edicti talia sunt: „*Si cujus quid de bonis deminutum erit, quum is* „*metu, aut sine dolo malo reipublicae causa* „*abesset, inve vinculis, servitute hostiumque* „*potestate esset, sive cujus actionis eorum cui* „*dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum* „*fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus,* „*actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit,* „*quum absens non defenderetur, inve vinculis* „*esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut* „*quum eum invitum in jus vocari non liceret neque*

„*defenderetur, quumve magistratus de ea re ad-*
„*pellatus esset, sive cui per magistratum* (Flor. *pro*
„*magistratu*) *sine dolo ipsius actio exemta esse*
„*dicetur: earum rerum actionem intra annum quo*
„*primum de ea re experiundi potestas erit; item*
„*si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in*
„*integrum restituam, quod ejus per leges, plebis-*
„*cita, senatus consulta, edicta, decreta principum*
„*licebit*".

2) *Ulp.*, l. 26. §. 9. h. t.: *Item*, inquit praetor, *si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.* Haec clausula edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.

Anm. 1. Das Edikt über die Restitution wegen Abwesenheit oder die technisch s. g. **restitutio majorum**, zerfällt in der Fassung, in welcher es in die Pandekten aufgenommen ist (T. 1) in drei Theile, zu denen allen die Schlußworte *in integrum restituam* gleichmäßig gehören. In dem ersten Theile, bis zu den Worten **item si quis quid usu suum fecisset**, werden einzelne Fälle aufgeführt, in denen einem Abwesenden (im weitren Sinn d. W) andren Personen gegenüber die Restitution versprochen wird; der zweite Theil, bis zu den Worten **item si qua alia rel**, enthält einzelne Fälle, in denen umgekehrt andren Personen den Abwesenden gegenüber die Restitution zugesichert wird; am Schluß endlich (s. g. **generalis clausula**) wird noch ausgesprochen, daß auch noch in andren, als in den ausdrücklich aufgeführten Fällen die Restitution ertheilt werden solle.

I. Im ersten Satze werden als Restitutionsfälle namentlich aufgeführt: wenn Jemand eine Einbuße an seinem Vermögen erlitten oder eine Klage verloren hat, während er aus gerechter Furcht, oder, ohne seinen **dolus**, **rei publicae causa** abwesend war (wohin man auch die Soldaten während ihres Dienstes, selbst in der Heimath, zählte, **l. 7., l. 35. §. 4., l. 45. h. t., l. 6. C. de rest. milit.**), so wie auch, während er sich im Gefängniß, Sklaverei oder in der Gewalt des Feindes befand, sei es, daß er

selbst von den Feinden gefangen, oder von einer gefangenen Mutter bei den Feinden geboren ist, l. 15. §. 1. h. t.

II. Die im zweiten Satze aufgeführten Restitutionsfälle sind: wenn ein Andrer etwas aus unsrem Vermögen durch Usukapion oder in Folge eines **non usus** erworben, oder eine uns gegen einen Andren zustehende Klage durch Zeitablauf erloschen ist, während derselbe abwesend war und nicht vertheidigt wurde, oder sich im Gefängniß befand, oder sich der Klage entzog, oder nicht **in jus** vozirt werden durfte, oder durch Appellation an einen höheren oder gleichen Magistrat den Fortgang des Prozesses sistirt hatte, so wie auch, wenn uns ohne eigene Verschuldung durch Verweigerung oder Verzögerung der Justiz von Seiten des Gerichts unsre Klage verloren gegangen ist.

III. Neben diesen bestimmten Fällen wird aber noch am Schlusse des Edikts die Klausel hinzugefügt: **item si qua alia justa causa esse videbitur, in integrum restituam.** Ueber den Sinn dieser Worte und also über die Bedeutung und den Umfang der s. g. **rest. ex generali clausula** herrscht außerordentlich viel Streit, indem Viele diese Klausel blos auf andere gerechte Gründe der Abwesenheit beziehen; die Mehrzahl der Juristen aber darin die Rechtfertigung des allgemeinen Satzes findet, daß wegen jeder Billigkeit nach dem Ermessen des Richters Restitution ertheilt werden könne, vgl. die bei Glück §. 471. Not. 66. 70. Genannten. Die richtige Meinung liegt gewiß in der Mitte. Daß sich die **clausula generalis** nicht blos auf Fälle wirklicher Abwesenheit bezog, beweist sich leicht aus vielen nachher anzuführenden Anwendungen, und geht auch schon daraus hervor, weil ja das Edikt selbst durchaus nicht blos Fälle eigentlicher Abwesenheit aufführte (Gefängniß, Sklaverei u. s. w.). Auf der anderen Seite darf man auch nicht so weit gehen, und jeden Billigkeitsgrund als zur Restitution hinführend, annehmen; sondern alle gesetzlichen Beispiele beziehen sich ohne Ausnahme nur auf Unterlassungen, und es kann also **ex generali clausula** durchaus nur dann Restitution ertheilt werden, wenn die Wahrnahme oder Geltendmachung, wenigstens die gehörige Wahrnahme eines Rechts, durch äußere faktische Hindernisse ausgeschlossen worden ist. Der Beweis dieses Satzes liegt in sämmtlichen Anwendungen von jener **generalis clausula**, die sich in unseren Gesetzen finden. Die vorzüglichsten sind folgende:

1) Wenn das Hinderniß in der Person dessen, welcher die Restit. begehrt, Statt findet, so wird **ex clausula generali** ein entschuldbares, die Restit. begründendes Hinderniß angenommen in Ansehung der **legati civitatis**, l. 8. h. t., l. 86. **pr. de adquir.**

hered. (29, 2), der **patroni fisci** und der Aerzte bei den Armeen, wenn sie ihrer Geschäfte wegen von ihrem Domizil entfernt sind, l. 33. pr. §. 2. h. t., der Frauen von Soldaten und anderen r. p. c. Abwesenden, l. 1. 2. C. de uxor. milit., derjenigen, welche überhaupt vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit abwesend gewesen sind, z. B. eines **vadimonii** wegen, l. 38. §. 1. h. t. oder als geladene Zeugen in einem Prozeß, l. 26. §. 9. h. t., oder als **relegati**, l. 26. §. 1, l. 40. §. 1. h. t., so wie auch derjenigen, deren Abwesenheit zwar freiwillig, aber doch durch wichtige Gründe veranlaßt ist, l. 28. pr. h. t., l. 7. §. 12. de minorib., wie z. B. wenn man seiner Studien wegen sich an einem anderen Orte aufhält, l. 28. cit., oder eines Prozesses halber verreist ist, l. 26. §. 9. h. t. Hierher gehört auch, wenn Naturereignisse oder die Gewalt Andrer die Ausübung eines Rechts unmöglich gemacht haben, l. 34. §. 1, l. 35. de serv. praed. rust. (8, 3), l. 14. pr. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 1. §. 9. de itin. (43, 19), und gewiß wohl auch, wenn sehr entschuldbare Unkunde oder Unerfahrenheit Grund eines Versäumnisses geworden sind, s. oben §. 186 und l. 1. §. 5. de edendo (2, 13), l. 3. §. 31. de SC. Silan. (29, 5), l. 15. §. 5. quod vi aut clam. (43, 24), Gai. IV. 125. Wenn aber öfter gelehrt wird, vgl. z. B. Burchardi S. 184, daß auch dann eine Restitution **ex generali clausula** Statt finde, wenn Jemand durch den Tod übereilt sei, bevor er ein persönlich geltend zu machendes Recht ausüben konnte, in welchem Falle die Erben auf Restitution Anspruch hätten: so läßt sich dieses als allgemeine Regel gewiß nicht billigen, denn **ex persona defuncti** kann der Erbe keine Restitution verlangen, weil ja der Erblasser gar nicht lädirt war, und **ex propria persona** darum nicht, weil er nichts versäumt, und also auch keinen Schaden durch Versäumniß erlitten hat; die für ein solches Dogma angeführten l. 30. pr. und l. 86. pr. de acqu. hered. (29, 2) enthalten nur eine singuläre Begünstigung der **rei publicae causa absentes**, und die l. 3. §. 30—32. de SC. Silan. (29, 5) und l. 12. de Carb. edicto (37, 10) reden gar nicht von eigentlicher **in integrum restitutio**; vgl. meine Abh. im civ. Arch. XXIV. S. 181 fgg.

2) Ist dagegen das Hinderniß in der Person dessen begründet, gegen den man sein Recht hätte geltend machen können, so werden **ex generali clausula** als Restit.-Gründe anerkannt, wenn der Beklagte gezwungen abwesend gewesen ist, z. B. im Exil l. 26. §. 1. h. t., wenn derselbe eine Person war, die nicht selbst vor Gericht auftreten konnte, und eines Vertreters entbehrte, wie ein Kind oder Wahnsinniger ohne Vormund, l. 22. §. 2. h. t., l. 209.

de V. S., l. 124. §. 1. de R. J., wenn der Beklagte Soldat war und sein Dienstverhältniß der Belangung im Wege stand, l. 28. §. 6., l. 29., l. 30. pr., l. 45. h. t. —

Aus diesem Verzeichniß der gesetzlichen Anwendungen der **generalis clausula** geht nun auf das Bestimmteste die Wahrheit der obigen Behauptung hervor, daß sich dieselbe durchaus nur darauf bezieht, wenn sich Hindernisse irgend einer Art, also freilich nicht blos Abwesenheit, der Geltendmachung eines Rechts entgegen stellen, und wenn man also gegen Rechtsgeschäfte oder anderweite Handlungen Restitution begehrt, kann man niemals auf die **generalis clausula**, sondern muß auf einen der bestimmten anderen Restitutionsgründe rekurriren. In der That könnte auch nicht eingesehen werden, aus welchen Gründen die römischen Juristen so genaue Untersuchungen zur Begrenzung der bestimmten **causae restitutionis** vorgenommen hätten, wenn es wahr wäre, daß jede Billigkeit nach dem Ermessen des Richters zur Restitution hätte hinführen können. Die scheinbar sehr allgemeinen Worte, womit Ulpian seinen Kommentar über die **clausula generalis** einleitet (Text 2), können uns das bisherige Resultat nicht zweifelhaft machen, wenn man nur die von Ulpian hinzugefügten Beispiele ins Auge faßt, welche sämmtlich innerhalb der angedeuteten Grenzen bleiben, ja sogar sich nur auf Fälle der wahren Abwesenheit beziehen. Vgl. bes. Francke und Burchardi an den angeff. Orten, u. s. auch Savigny S. 166 fgg.

Anm. 2. Unter den Anwendungsfällen der **generalis clausula** ist in der vorhergehenden Anm. auch der angeführt worden, wenn Irrthum Grund eines Versäumnisses geworden ist. Kann nun auf diesen Grund auch Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß verlangt werden? Nach römischem Rechte muß die Frage regelmäßig verneint, vgl. auch **l. ult. de in integr. rest.** (wo jeden Falls statt **contra rempublicam** gelesen werden muß: **contra rem judicatam**), und namentlich soll wegen neuer Beweismittel keine Restitution zugelassen werden, **l. 4. C. de re judic.** (7, 52): **Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est**, und nur aus ganz besonderen Gründen wird davon abgewichen, wie namentlich in **negotio publico**, **l. 35. de re judic.** (42, 1), und wenn das Erkenntniß in Folge eines vom Richter aufgelegten Eides gegeben wurde, und der Besiegte nachher neue Urkunden zu seinem Vortheil entdeckt, **l. 31. de jurejur.** (12, 2). Das Kanonische Recht geht von demselben Prinzip aus, vgl. bes. **cap. 20. 21. X. de sent. et re judic.** (2, 27) und das zu Zeiten dagegen angeführte **cap. 10. X. de in integr. rest.** (1, 41) sagt nur, daß ein Restitutions=

gesuch blos aus neuen Gründen wiederholt werden dürfe, vgl. **tit. C. si saep. in integr. rest. post.** (2, 44). Dagegen nahm schon früher die deutsche Praxis eine Restitution auf den Grund neuen Vorbringens auch gegen rechtskräftige Erkenntnisse an, indem sie die **generalis clausula** hierher zog, und dies wurde denn mehrfach durch Reichsgesetze bestätigt, die sich nur gegen chikaneusen Mißbrauch dieser Restitution erklären, vgl. R. A. v. 1533. §. 3. C. G. O. v. 1555. III. 52; Dep. Absch. v. 1600. §. 138. Vornämlich aber gehören hierher zwei kammergerichtliche gemeine Bescheide vom 7ten Juli 1669 und vom 7ten Juli 1671 (bei *Emminghaus*, **corp. jur. Germ. II. p.** 358 und 384), wo, in dem Bestreben, die Mißbräuche dieser Restitution zu verhüten, eine Bestimmung getroffen wurde, wodurch dieselbe umgekehrt sich ungebührlich erweiterte. Nach diesen Bescheiden nämlich soll, offenbar auf Veranlassung des J. R. A. von 1654. §. 118. von den Prokuratoren, welche die Restitut. begehren, ein Kalumnieneid des Inhalts geschworen werden, „daß weder sie noch ihre Prinzipale und deren Advokaten von solchem neuen Vorbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht vermeint“. Dadurch wurde es also gemeinen Rechtens, daß nicht blos wirkliche **nova** die Restitution begründen sollten, sondern auch schon solche Umstände, die der Parthei nur nicht als relevant erschienen sind, vgl. auch Bickell in der Zeitschrift für Recht und Gesetzg. in Kurh. Heft 1. S. 161 fgg. Das Detail dieser deutschrechtlichen Restitution gehört natürlich in die Theorie des Zivilprozesses.

Anm. 3. Wenn das Hinderniß an der Wahrnahme unseres Rechts in der Person dessen liegt, gegen den es hätte geltend gemacht werden müssen, so ist es, um Restitution fordern zu können, wesentlich, daß kein Vertreter des Verklagten da gewesen sei, **l. 1. §. 1. l. 21. §. 1, l. 23. pr. h. t.** Streitig ist es aber in dem Falle, wenn das Hinderniß in der Person des Berechtigten liegt, inwiefern hier etwas auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Stellvertreters ankomme? Soviel ist zwar gewiß, daß der Mangel eines Vertreters im Allgemeinen kein Hinderniß der Restitution ist, es müßte denn Jemand, namentlich bei freiwilliger Abwesenheit, es nicht rechtfertigen können, weshalb er keinen Bevollmächtigten zur Besorgung seiner Geschäfte zurückgelassen habe, **l. 20. pr. de minor., l. 26. §. 1. l. 28. pr. h. t.** Kann aber auch der Abwesende, welcher einen Vertreter hat, und dennoch Schaden erlitt, auf Restitution Anspruch machen? Paulus in **l. 39. h. t.** sagt allgemein: **is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum**

restitui volens non audietur, während dagegen Ulpian in l. 26. §. 9. h. t. von den legati civitatis sagt: saepissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non, und auch Macer in l. 8. de in integr. rest. (4, 1) von denjenigen, welche r. p. c. abwesend sind oder doch in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, erklärt, daß sie wegen versäumter Appellation restitutirt werden können. Man hat mancherlei Vereinigungs-Versuche dieser angeblich widerstreitenden Gesetze, vgl. Burchardi S. 166. fgg. und die da Angeff., Savigny S. 176 fgg. Das Richtigste ist wohl, in der Stelle des Paulus die Regel unseres Rechts zu finden: daß ein Abwesender, welcher einen Prokurator hat, regelmäßig in Betreff solcher Handlungen nicht restituirt werden kann, die auch der Prokurator hätte vornehmen können. Die Stellen von Ulpian und Macer enthalten dann blos singuläre Bestimmungen für die legati civitatis und für versäumte Appellation, vgl. auch Bickell a. a. O. S. 149 fgg.

Abschnitt. VI.

Von der Sicherstellung der Rechte.

Uebersicht. §. 189.

Insbesondere:

1) Protestation und Reservation. §. 190.

2) Kautionen. §. 191.

Dig. II. 8. qui satisdare cogantur vel jurato promittant vel suae promissioni committantur; XLVI. 5. de stipulationibus praetoriis. — Inst. III. 18. de divisione stipulationum, IV. 11. de satisdationibus. — Cod. II. 57. de satisdando.

3) Missiones in possessionem.

Dig. XLII. 4. quibus ex causis in possessionem eatur; XLII. 5. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendun-

dis. — Cod. VII. 72. de bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis et de separationibus bonorum. — *Schroeder* de nat. et eff. pign. praet. p. 1 sqq., *Stieber* de bon. emt. ap. veter. Rom. Lips. 1827. §. 10 sqq. p. 26 sqq., Zimmern Rg. III. §. 76 fgg., *Keller* Semestria ad M. Tull. Cic. vol. I. p. 44 sqq., Bachofen in Richter's krit. Jahrb. Bd. XII. (1842) S. 974 fgg., Ders. Pfandr. I. Kap. XIII und XIV. S. 281 fgg., Dernburg über die emtio bonor. Heidelb. 1850. Abschn. II. S. 33 fgg.

a) Gründe und Gegenstand. §. 192.

b) Wirkungen. §. 193.

Siebentes Kapitel.

Von der Berechnung der Zeit.

I. Von den einzelnen Zeitabschnitten. §. 194.

1) *Paul.* l. 8. de feriis (2, 12): More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his XXIV. horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

2) *Idem.* l. 101. de R. J.: Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo [et primo] die venerit, audiendus est; ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

Anm. Schrader, civ. Abh. No. 3. geht davon aus, daß jeder Monat als ein Zwölftel des Jahres zu betrachten sei, und stellt demgemäß die Regel auf, daß bei mehreren Monaten so viele Zwölftel von 365 Tagen in nächsten ganzen Zahlen angenommen werden müßten, als Monate angegeben seien, so daß also z. B. 2 Monate 61 Tage 3 Monate 91, 4 Monate 122 Tage u. s. w. enthielten. Für 6 Monate kämen hiernach $182\frac{6}{12}$ Tage heraus, und man habe also eben so gut 182 als 183 Tage annehmen können; die Römer aber hätten sich für das Erste entschieden, wie aus l. 3. §. 12. de suis (38, 16), vgl. mit l. 12. de statu homin. (1, 5), hervorgehe. Früher stellte man dagegen gewöhnlich das Prinzip auf,

daß dreißig Tage auf den Monat zu rechnen seien, und gewiß mit Recht ist dieser Grundsatz auch von Reinfelder der annus civilis des Röm. Rechts. Stuttg. 1829. S. 116 fgg. ausführlich gegen Schrader vertheidigt worden; vgl. auch Unterholzner Verj. I. S. 281. Not., Savigny Syst. IV. S. 337 fgg., Puchta Pand. §. 74. Not. d, Vorl. I. S. 154 fgg., Boecking Instit. I. §. 121 a. E. Not. 14 fgg. Schraders Meinung beruht nämlich in der That auf einer einzigen Stelle, der l. 101. de R. J., die überdies von Seiten der Kritik angefochten ist, indem nach mehreren Pandekten-Handschriften die Worte *et primo* hinter sexagesimo ausfallen müssen, Reinfelder S. 145 fgg. (Daß auch die Basiliken II. 3. 101. und *Eustathius* diese Lesart unterstützen, wie noch Reinfelder S. 150. annimmt, scheint freilich jetzt nach den neuen vor uns liegenden Ausgaben problematisch, s. Basil. edid. Heimbach I. p. 71. und Eustath. edid. Zachariae p. 149; aber dennoch bin ich überzeugt, daß die Worte et primo nichts sind, als eine vermeintliche Emendation, die sich schon sehr früh in Handschriften eingeschlichen hat; ob der ursprüngliche Text gelautet habe: sexagesimo et premo [i. e. *postremo*], wie Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 169. vermuthet, in welchem Falle sich freilich die Veränderung in et primo noch leichter erklären ließe, mag dahin gestellt bleiben.). Wenn sich aber Schrader noch auf l. 3. §. 12. cit. beruft, so ist dies gewiß irrig, denn nach seiner Meinung würde doch jeden Falls der 182te Tag noch zum 6ten Monat gehören; nach dieser Stelle aber in Verbindung mit l. 12. cit. gehört derselbe schon zum 7ten Monate, und man kann hier auch nicht, wie Schrader will, durch Herbeiziehung der Zivilkomputation helfen. Das Natürlichste ist gewiß, da sich diese Stelle mit keiner von den beiden Meinungen vereinigen läßt, die Worte septimo mense in l. 12. cit. für einen der Kürze wegen beliebten, etwas ungenauen Ausdruck des Paulus zu erklären, vgl. auch v. Buchholz jurist. Abh. No. 14. Eben dies ist wohl auch von l. ult. C. de temporib. appell. zu sagen, wo eine Frist von 3 Monaten durch 93 Tage erklärt wird. Abgesehen aber von solchen einzelnen ungenauen Stellen liegt in den meisten Gesetzen ganz klar Reinfelder's Meinung zu Grunde, vgl. l. 40. de R. C. (12, 1) — l. 11. §. 6, l. 29. §. 5. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), l. 1. §. 10. ad SC. Turpill. (48, 16) — Censorin. de die nat. c. 9. 11. vgl. mit Paul. rec. sent. IV. 9. §. 5 — l. 28, l. 31. §. 22. de aedil. edicto (21, 1) — l. 22. §. 1. 2. C. de jure delib. (6, 30) — Nov. 115. c. 2. — Bequemer und sachgemäßer würde es wohl allerdings sein, Statt der 30 Tage den Monat vielmehr von einem bestimmten Kalendertag

an bis zu dem wiederkehrenden Kalendertag zu zählen, so daß z. B. ein Zeitraum von 3 Monaten, welcher am 6. März beginnt, mit dem 6. Juni enden würde. Bei den Römern konnte diese Zählungsart schon wegen der beweglichen Nonen und Iden nicht wohl angewendet werden, und wenn sich auch einzelne Hindeutungen darauf in unsren Quellen finden, vgl. l. 7. §. 1. 2. sol. matr. (24, 3) und l. 2. C. Th. de decur. (12, 1), so muß doch der Versuch von Bachofen in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 358 fgg., dieselbe als die regelmäßige des römischen Rechts nachzuweisen, als mißlungen angesehen werden. Aber auch die bisweilen aufgestellte Behauptung, daß in unsrem heutigen Rechtsleben durch Gewohnheitsrecht die Zählung von Kalendertag zu Kalendertag an die Stelle der römischen 30 Tage getreten sei, läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen, und noch unhaltbarer ist die Mittelmeinung, welche Savigny S. 341. vertheidigt, daß die 30 Tage des römischen Rechts nur auf diejenigen Monatsfristen anzuwenden seien, welche schon im römischen Rechte selbst angeordnet seien, während in allen andren Fällen die Zählung von Kalendertag zu Kalendertag Platz greife!.

II. Tempus continuum und utile. §. 195.

Haubold de temporis continui et utilis computatione. Lips. 1791 (auch in Dessen opusc. edid. Wenck I. p. 397 sqq.), Gmelin über die stete und zusammengesetzte Zeit nach römischen Rechtsprinzipien; in dem krit. Arch. von Danz, Gmelin und Tafinger Bd. II. (1802) S. 193 fgg., Savigny Syst. IV. §. 189 fgg. S. 421 fgg. — Gegen die wunderliche Ansicht von Elvers über den annus utilis der actiones honorariae, in dessen neuer Themis Bd. I. (1838) S. 125 fgg. vgl. bes. Arndts in Gieß. Zeitschr. XIV. S. 1 fgg., u. s. auch Savigny S. 451 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. de divers. temp. praescript. (44, 3): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive

in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.

2) *Ulp.* l. 2. pr. quis ordo in poss. serv. (38, 15): Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum quocunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.

III. Computatio civilis und naturalis. §. 196.

Rücker de civili et naturali temporis computatione. Lugd. Bat. 1749, Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Zivilkomputation und Schalttag. Gieß. 1796 Deff. Bestätigung d. Belehrungen ꝛc. 1798, Hagemeister über die Mündigkeit zum Testiren, in Hugo's ziv. Mag. III. 1, Gmelin über Zeit und Zeitberechnung nach röm. Rechtsprinzipien, im krit. Arch. von Danz, Gmelin und Tafinger Bd. I. H. 4 (1801) S. 577 fgg., Erb über den annus civilis, in Hugo's ziv. Mag. V. 8, Schweppe röm. Berechnung des Anfangs und Schlusses eines Zeitraums, in seinem jur. Magaz. H. 1. Nr. 9. S. 116 fgg., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 90, Löhr über civilis computatio, im ziv. Arch. XI. S. 411 fgg., Reinfelder der annus civilis. Stuttg. 1829, meine Schrift über die Latini Juniani. Marb. 1833. S. 172 fgg., Hameaux die usucapio und l. t. praescr. Gieß. 1835. §. 21. S. 180 fgg., Göschen Vorles. über das gem. Zivilr. Bd. I. §. 199 fgg. S. 586 fgg., Savigny Syst. IV. §. 182 fgg. S. 347 fgg., Puchta Lehrb. §. 75, Vorles. I. S. 156 fgg. S. 421 fgg., Kurs. der Instit. II. §. 199, Boecking Institut. I. §. 122. S. 505 fgg., Bachofen zur Lehre von der zivilen Berechnung der Zeit, in der Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 38 fgg. S. 335 fgg.,

Huschke zur Lehre von der civ. und nat. temporis computatio, in der Gieß. Zeitschr. neue Folge II. S. 166 fgg.

Anm. Unverkennbar kommen im römischen Rechte drei verschiedene Zeitberechnungen vor:

1) Ein Jahr, welches von irgend einem Moment des ersten Januar anfängt, wird als beendigt angenommen im ersten Moment des 31ten Dezember, also nach 12 Uhr Nachts zwischen dem 30ten und 31 Dez.

a) Ulpian in l. 5. qui test. fac. poss. (28, 1) sagt: **A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis autem duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto dceimo anno, an valeat testamentum? Dico valere.** *Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum*; **jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.** Die namentlich auch noch in neuerer Zeit auf mehrfache Weise versuchte Deutung: es müsse hier an die Nacht zwischen dem 31ten Dezember und dem 1ten Januar gedacht werden, vgl. Gmelin a. a. O. S. 607 fgg., Unterholzner Verj. I. S. 304 fgg., Göschen S. 591 fgg., Savigny S. 381 fgg., ist gewiß irrig, und noch in höherem Grade die Meinung von Pagenstecher **comm. in S. Pomponii ad Sabinum libros IV. Lemgov. 1734. P. I. p. 43 sqq.**, man müsse an die Nacht zwischen dem 30ten und 31ten Dez. vor dem vierzehnten Geburtstage denken, so daß ein ganzes Jahr geschenkt werde („**Ex ipsa lege constat, totum ultimum annum coeptum pro completo haberi**" **Pagenst. §. VIII.**). Doch findet sich die letztere Ansicht, wenigstens den Worten nach, auch im deutschen Korp. jur. III. S. 6. („gerade an seinem 14ten Geburtstage"). Die richtige Erklärung s. bei Koch, Belehrungen S. 95 fgg., und besonders bei Reinfelder der **annus civilis** S. 32 fgg. und Bachofen S. 335 fgg; s. auch Löhr a. a. O. S. 421.

b) *Ulp.* in **l. 1. de manumiss. (40, 1): Placuit eum, qui Kalendis Januar. natus post sextam noctis pridie Kalend. quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere;**

non enim majori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari; jam autem non minor est, qui diem supremum agit anni vicesimi. Dieselben falschen Erklärungen, wie bei der vorigen Stelle finden sich auch hier; s. aber Reinfelder S. 54 fgg. S. 60 fgg.; Löhr S. 422, Bachofen S. 71 fgg.

c) Paulus in l. 134. de V. S.: Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo quinquagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. (Cf. *Paul.* l. 132. eod.: Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur, et consuetudo loquendi id ita esse, declarat, ante diem decimum Kalendarum, post diem decimum Kal.; neque utro enim sermone undecim dies significantur). Unterholzner S. 310. und Savigny S. 377 fgg. denken freilich auch hier an den ersten Moment des wiederkehrenden Geburtstags, indem sie die 365 Tage von dem Tage nach der Geburt zu zählen anfangen, aber gewiß sehr mit Unrecht, Reinfelder S. 64 fgg., S. 101, Löhr S. 420, Bachofen S. 74 fgg.

d) Venulejus in l. 15. pr. de divers. temporal. praescript. (44, 3): In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus; womit zu verbinden ist *Ulp.* in l. 6. und l. 7. de usuc. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. l. 7. Ideoque qui hora sexta diei Kalend. Januar. possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Januar. implet usucapionem. Betrachtet man diese Stellen unbefangen, so kann man darin nur wieder dieselbe Zeitrechnung finden, wie in den früher angeführten Gesetzen, also, daß das Jahr mit dem ersten Moment des 31ten Dez. als abgelaufen angenommen wird, und dies bestätigt auch Paulus in l. 12. §. 5. de Public. in rem act. (6, 2): Publiciana in rem actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus, Reinfelder S. 70 fgg., v. Löhr S. 422 fgg. — Daß diese Gesetze von denen, welche die bei a—c bemerkten Stellen abweichend erklären, ebenfalls so gedeutet werden, daß hier der Anfang des ersten Januar gemeint sei, ist freilich natürlich, vgl. z. B. Unterholzner S. 302 fgg., Göschen S. 589 fgg., Savigny S. 364 fgg., aber diese Deutung findet sich selbst bei solchen, die in Ansehung der früher angeführten Gesetze die richtige Interpretation annehmen, namentlich bei Erb S. 189 fgg., und Schweppe in seinem jur. Mag. I. No. 9,

und auch Koch a. a. O. S. 89 fgg. glaubt wenigstens die Stelle von Venulejus so verstehen zu müssen, während er allerdings die Stellen des Ulpian richtig auslegt, und umgekehrt fassen Bachofen S. 66 fgg. und Huschke S. 172 fgg. zwar den Ausspruch von Venulejus richtig, die Stellen von Ulpian dagegen so auf, daß hier der Ablauf des 31 Dez. zur Vollendung rer Usukapion erfordert werde. — Der Hauptgrund dieser so sehr verbreiteten falschen Auslegungen liegt in dem Irrthum; daß **sexta hora noctis** die Stunde von 11 bis 12 Uhr sei, wornach freilich **sexta horis noctis pridie Kal. Jan.** nur auf die Schlußstunde des 31ten Dez. bezogen werden konnte; es ist dies aber gewiß falsch, da **sexta hora** hier nicht einen Zeitraum, sondern einen Moment, nämlich gerade 12 Uhr Mitternachts andeutet, Reinfelder S. 91 fgg. Dann beruft man sich aber auch noch vorzüglich für die gegnerische Meinung auf *Gell.* **N. A. III. c. 2. i. f.: Q. quoque Mucium ICtum dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kal. Jan. apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kal. Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.** Man muß wohl zugeben, daß man, ohne der Sprache Gewalt anzuthun, diese Stelle nicht mit Reinfelder S. 169 fgg. so auslegen darf, daß man das **ante diem quartum Kal. Jan.** von dem Tage vor dem **dies quartus**, also von dem 28. Dez. versteht, wo dann freilich dieselbe Rechnung, wie in den andren von Usukapion sprechenden Stellen liegen würde. Vielmehr hat **Q. Mucius** nach der Relation von Gellius wirklich angenommen, daß zum Zwecke der **usurpatio** der Frau noch der ganze 31. Dezember zu Gute komme, und daraus ist die Folgerung unvermeidlich, daß der **usus** nicht schon mit dem Anfang, sondern erst mit dem Ablauf des 31ten Dez. vollendet wurde. Hat uns Gellius wirklich die Meinung von Skävola getreu referirt — ein Mißverständniß war aber gerade hier sehr leicht möglich! —, so ging dieser Jurist höchst wahrscheinlich bei dem **usus** nicht von dem Gesichtspunkte eines Erwerbs für den Mann aus, sondern er faßte dabei vorzüglich den Verlust der Selbständigkeit für die Frau auf, vgl. Puchta Kurs. II. S. 310 fgg., Vorl. I. S. 424 fgg., Böcking Institut. I. S. 508. Not. 14, unter welcher Voraussetzung seine Rechnung völlig mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts übereinstimmt. Diese Annahme scheint mir auch natürlicher, als die von Huschke S. 173 fgg., welcher zwischen ***usurpatio*** und ***usucapio*** unterscheiden

will; die letztere sei allerdings vollendet mit dem Anfang des letzten Tages, zu der erstren aber könne noch der ganze letzte Tag benutzt werden, in welchem Falle dann die vollendete Usukapion wieder rückgängig gemacht werde; und durch diese Betrachtung will denn auch Huschke nicht blos die Stelle des Gellius erklären, sondern auch den von ihm angenommenen Widerspruch zwischen Ulpian und Venulejus (s. oben) in der Weise vermitteln, daß Ulpian auch auf die **usurpatio** Rücksicht genommen, während Venulejus die **usucapio** rein für sich in's Auge gefaßt habe. Mir will es wenig glaublich dünken, daß man gegen eine bereits vollendete Usukapion noch eine **usurpatio** (also eine *interruptio* **usucapionis, l. 2. de usurp.**) zugelassen haben sollte! Welche Meinung man aber auch über die Stelle des Gellius haben mag, so scheint mir in jedem Falle so viel gewiß, daß die abweichende Rechnung eines so alten Juristen, wie **Q. Mucius**, die wir überdies nur aus der leicht irrigen Relation eines Nichtjuristen kennen, unmöglich einen Beweis für die Rechtsansicht eines Ulpian, Paulus u. A. abgeben kann.

e) Celsus in **l. 49. de condit. et dem. (35, 1): Si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse jussus est, novissimo ejus temporis die legatum debebitur et libertas obtingit.** Hier ist von dem Erwerb eines Legatenrechts die Rede, und dieser Erwerb wird angenommen mit dem Eintritt des letzten Tags im 10. Jahre („**novissimo ejus temporis die**"), so daß also **dies legati cedit**, wenn der Legatar nur den Anfang dieses Tages erlebt hat, sollte er auch im Laufe desselben gestorben sein, vgl. auch Huschke S. 171. Not. *).

2) Ein Jahr, welches von irgend einem Moment des ersten Januar anfängt, wird als beendigt angenommen im letzten Moment des 31ten Dezember, also um 12 Uhr Nachts zwischen dem 31ten Dez. und dem 1ten Januar:

a) Paulus in **l. 6. de O. et A. (44, 7): In omnibus temporalibus actionibus,** ***nisi novissimus totus dies compleatur,*** **non finitur obligatio.** Diese Stelle mit den meisten Aeltern von einer **computatio a momento ad momentum** zu verstehen, Glück V. S. 567, giebt es eben so wenig Grund, als mit Unterholzner S. 296 fgg., Savigny S. 389 fgg. u. A. den **novissimus dies** als den wiederkehrenden Kalendertag anzusehen, so daß also in unserm Beispiele der letzte Moment des ersten Januar abgelaufen sein müßte. Die richtige Erklärung findet sich bei Erb S. 202.; s. auch Reinfelder S. 111. fgg., Bachofen S. 342 fgg.

b) Paulus in **l. 101. de R. J.** (s. §. 194. T. 2). Der

Sinn kann nur der sein: wenn das Gesetz (— wahrscheinlich hat Paulus die **lex Julia municipalis** im Auge, vgl. *J. Gothofred.* **ad h. l.**, Savigny S. 393 fgg. —) eine zweimonatliche Frist setzt, so muß der Richter auch noch den hören, welcher im Laufe des letzten Tages selbst erscheint, so daß also die Frist nicht schon mit dem Anfang, sondern erst am Ende des letzten Tages abgelaufen ist. — Der im §. 194 berührte Streit über die Lesart dieser Stelle ist für unsre jetzige Betrachtung ganz gleichgiltig; mag man je nach Verschiedenheit der Lesart zwei Monate für einen Zeitraum von 60 oder von 61 Tagen nehmen, so ist doch in jedem Falle aus unsrer Stelle soviel gewiß, daß noch der ganze letzte Tag dieser 2 Monate zum Vorschützen der Exkusation benutzt werden darf.

c) Paulus in **l. 30. §. 1. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5): Sexaginta dies a divortio numerantur:** *in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est;* also: die sechzig Tage, innerhalb derer der Vater oder der Mann der Ehebrecherin, **jure patris vel mariti** akkusiren können, werden so gerechnet, daß auch noch der ganze sechzigste Tage den Anklägern zu Gute kommt. Die Behauptung Savigny's S. 400 fgg., daß hier der Tag des **divortium** selbst nicht mitgezählt sei, so daß also, wenn man von diesem die Rechnung anfange, die Anklage noch am einundsechzigsten Tage zulässig sei, entbehrt eines jeden haltbaren Grundes; vgl. auch Bachofen S. 350 fgg.

d) *Ulp.* **l. 1. §. 9. de succ. ed. (38, 9): Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est**, *ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit,* **quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint.** Das klare Ergebniß dieser Stelle ist das, daß die bekannte Agnitionsfrist der **bonor. possessio** von 100 Tagen auch dann gewahrt ist, wenn der berufene Erbe noch im Laufe des 100. Tags die Agnition vornimmt, daß also die Frist nicht schon am Anfang, sondern erst am Ende dieses Tags als geschlossen angenommen werden kann. Wenn Savigny S. 402 fgg. auch für diesen Fall annimmt, der Tag der Erbschafts-Delation selbst sei vom Juristen nicht mitgezählt, so daß also in Wahrheit noch am 101. Tage die Agnition geschehen könne, so sucht man auch hier vergeblich nach einem genügenden Grunde für eine solche willkürliche Behauptung.

e) Aus **l. 1. §. 5. 6. quando appellandum sit (49, 4)** erhellt, daß das frühere Appellations-Fatale, das **biduum vel triduum**, so berechnet wurde, daß der Tag, an dem die Sentenz publizirt wurde, als der erste galt, und außer diesem dann noch ein zweiter, und **resp.** ein dritter ganzer Tag gestattet war:

Biduum vel triduum *ex die* (also nicht **a momento) sententiae latae computandum erit. — — Quod in sententiis praeceptum est, ut** *vel altera die* **vel** *tertia* **provocetur, hoc etiam rel.**

3) Ein Jahr, welches mit einem bestimmten Moment des 1ten Januar anfängt, wird als beendigt angesehen mit demselben Moment des wiederkehrenden ersten Januar:

a) *Ulp.* in **l. 3. §. 3. de minor.** (4, 4): **Minorem autem XXV. annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut, captus sit, restituatur? et quum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur.** Also wenn Jemand am 1ten Januar um 12 Uhr Mittags geboren ist, so kann er sich **qua minor** gegen die Geschäfte restituiren lassen, die er an seinem 26ten Geburtstage des Morgens vor 12 Uhr abgeschlossen hat. (Ueber die richtige Interpunktion dieser Stelle s. *Mühlenbruch,* **obs. jur. Rom. spec. I. pag. 36.,** *Wenck,* **magister Vacarius p. 205.).**

b) Hierher gehört auch wohl die Justinianische Vorschrift über das neue Appellations-Fatale in **Nov. 23. c. 1.: Et sancimus, omnes appellationes — — posse** *intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum,* **judicibus ab iis, quorum interest offerri:** denn der Sinn dieser Worte ist doch wohl der, daß die Appellation innerhalb zehnmal 24 Stunden von dem Augenblick des publizirten Erkenntnisses an, eingelegt werden müsse.

Hieraus ergeben sich folgende Resultate: Es giebt eine zweifache Art der Zeitberechnung, **computatio a momento ad momentum** (s. g. **comp. naturalis**), und die **computatio ad dies (comp. civilis)**, ein Gegensatz, welcher besonders scharf in **l. 134. de V. S.** hervorgehoben wird, vgl. auch **l. 3. §. 3. de minor., l. 6. de usurp.** Das Wesen der letzteren aber besteht darin, daß dabei nur nach ganzen Tagen gerechnet, also der ganze Tag nur als ein Moment angesehen wird, so daß in demselben keine weiteren Abschnitte mehr unterschieden werden können, und zwar gilt dies natürlich eben so sehr von dem Anfangs- wie von dem Schlußtage, so daß also z. B., wenn ein Ereigniß, von welchem an ein Jahr **civiliter** berechnet werden soll, in irgend einer der 24 Stunden des 1. Januar vorgekommen ist, immer dieser ganze 1. Januar den ersten Tag bildet, woraus dann weiter von selbst folgt, daß nie der wiederkehrende Kalendertag, sondern immer der demselben vorhergehende (also in unsrem Beispiele der 31. Dezember) der letzte Tag des **annus civilis** ist. Geht man aber hiervon aus, so läßt sich bei der Zivil-Komputation offenbar eben so gut der

Anfangs= wie der Schlußmoment des letzten Tages als Schlußpunkt des ganzen Zeitraums ansehen, und wirklich kommt Beides vor, nach dem einfachen Prinzip: der Anfangspunkt des letzten Tages entscheidet, wenn der Zeitablauf unmittelbar die Begründung eines Rechts bezweckt (Gesetze bei No. 1.); umgekehrt aber muß der ganze letzte Tag abgelaufen sein, wenn der Zeitablauf unmittelbar einen Nachtheil herbeiführen soll (Gesetze bei No. 2.). Vgl. auch meine Schrift über die **Latini Juniani**. Marb. 1833. S. 172 fgg., und jetzt auch Puchta und Huschke a. d. aa. OO. Die Natural=Komputation (Gesetze bei No. 3.) bildet aber nur die Ausnahme; denn daß die **comp. civilis** als die regelmäßige Berechnungsart erscheint, wird schon durch den inneren Grund bewiesen, daß nur in den seltensten Fällen die Stunde oder gar die Minute bemerkt wird, in der ein bestimmtes Ereigniß eintrat, so daß schon deßhalb die Rechnung nach ganzen Tagen als die natürlichere erscheint; ein Grund, der bei den Römern wegen Unvollkommenheit der chronometrischen Instrumente noch bedeutender wirken mußte, als bei uns. Dazu kommt aber der wichtige äußere Grund, daß, während die **comp. civil.** an sehr vielen Orten und zwar immer so erwähnt wird, als wenn sich deren Annahme von selbst verstände, die **comp. nat.** nur in ausnehmend wenigen Fällen — meines Wissens nur in den zwei bei No. 3. angeführten — vorkommt. Wenn nämlich v. Löhr a. a. O. S. 413 auch noch eine Natural=Komputation in §. **ult. J. qui et quib. ex caus. manum. n. poss.** (1, 6), **l. 1.** §. 3. **de postul.** (3, 1), **l. 4. de R. N.** (23, 2), **l. 24. C. de nupt.** (5, 4), *Theoph.* **l. 6.** §. 7. und **l. 10. pr.** finden will, so ist dies ganz gewiß nicht zu billigen, da auch keine einzige unter den angeführten Stellen den Zweck hat, die Art und Weise der Berechnung anzugeben, und in allen auch die Zivil=Komputation als zu Grunde liegend angenommen werden kann. —

Von dieser Darstellung weichen aber freilich die Ansichten unserer Juristen sehr beträchtlich ab. Abgesehen von den älteren regelmäßig ganz ungenügenden Ausführungen sind insbes. folgende zu bemerken: 1) Koch in der angef. Abh., wozu auch noch deff. „Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit" hinzukommt, glaubt, daß vor Marcian nnd Ulpian die römischen Juristen das Wesen der Zivil=Komputation dareingesetzt hätten, daß das Ende des letzten Tages (in unserem obigen Beispiele des 31ten Dez.) eingetreten sein müsse; durch Marcian und Ulpian aber sei die neue Theorie aufgekommen, schon den Anfang dieses Tages für genügend zu halten, und diese neue Theorie habe den Beifall der Gesetzgebung erhalten. — 2) Hagemeister in Hugo's ziv.

Mag. III. 1. stimmt im dogmatischen Resultate ganz mit Koch überein, und sucht nur auszuführen, daß die angeblich neue Marcian-Ulpianische Lehre von jeher bei den Römern anerkannt gewesen sei, und dabei auch gar nichts Singuläres und Auffallendes vorkomme. — 3) Auch Gmelin in der angef. Abh. faßt das Wesen der Zivil-Komp. so auf, daß darnach immer der Anfang des letzten Tags den Zeitraum beschließe, aber als letzten Tag eines **annus civilis** nimmt er den wiederkehrenden Kalendertag (in unsrem Beispiele also nicht, wie Koch und Hagemeister, den 31. Dez., sondern vielmehr den 1. Januar) an; diese Berechnung trete aber nur in einzelnen gesetzlich bestimmten Fällen (Usukapion, Testamentsmündigkeit u. s. w.) ein; die Regel aber bilde die Natural-Komputation. — 4) Erb in der angef. Abh. nimmt als Regel für die Zivil-Komputation an, daß der letzte Tag (also in unserem Beispiele der 31te Dez.) abgelaufen sein müsse, eine Regel, die namentlich bei der Usukapion angewendet werde. Nur in drei Fällen trete ausnahmsweise die andere Rechnung ein, daß schon der Anfang des letzten Tages genüge, nämlich bei der Testaments-Mündigkeit, der Manumissionsfähigkeit, und der Altersberechnung des **anniculus**; vgl. auch Schweppe in seinem Magaz. I. 9., Roßhirt Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts S. 395 fgg. und jetzt auch Bachofen a. a. O. — 5) Unterholzner a. a. O. nimmt dasselbe Prinzip wie Erb für die Zivil-Komputation an. Nur läugnet er jene drei angeblichen Ausnahmsfälle, indem er auch in ihnen den Schluß des 31ten Dez. als den Schlußmoment des Jahres annimmt. In einem Falle soll sogar der Ablauf des 1ten Januar erforderlich sein; l. 6. de O. et A.; vgl. auch Göschen a. a. O. — 6) Löhr und Reinfelder a. d. a. OO. nehmen dagegen wieder, unabhängig von einander, die von Koch und Hagemeister vertheidigte Meinung über das Wesen der Zivil-Komputation an, und statuiren dieselbe namentlich auch bei der Verjährung. Darin aber weichen sie von einander ab, daß Löhr die ganze Zivil-Komputation nur wie eine Singularität betrachtet, die über die einzelnen gesetzlichen Fälle hinaus nicht anzuwenden sei, s. auch Hameaux a. a. O. S. 180 fgg.; während Reinfelder darin die regelmäßige Berechnungsart des Zivilrechts erblickt, und sie also als Regel in dem Kreise des Zivilrechts, aber auch nur in diesem, anwenden will. — 7) Savigny a. a. O. ist in zwei Hauptpunkten ganz mit unserer obigen Darstellung einverstanden, nämlich einmal, daß die Zivilkomp. die entschiedene Regel des röm. Rechts bilde, und zweitens, daß nach der Zivilkomp. bald der Anfang, bald das Ende des letzten Tags den Schlußpunkt des ganzen Zeitraums bilde, je nachdem von einem Erwerbe oder einem

Verluste von Rechten die Rede ist; darin aber weicht Savigny wesentlich von uns ab, daß er als letzten Tag, eben so wie Gmelin, den wiederkehrenden Kalendertag auffaßt, und also in unsrem Beispiele nicht den Anfang oder das Ende des 31. Dez., sondern vielmehr den Anfang oder das Ende des wiederkehrenden 1. Januar als Schlußpunkt des **annus civilis** annimmt. Ich kann in dieser Abweichung nur einen offensichtlichen Verstoß gegen das Prinzip der Zivilkomputation erkennen, denn wenn man vom 1. Januar als einer Einheit das Jahr zu zählen anfängt, so ist offenbar der 31. Dez. und nicht der wiederkehrende 1. Januar der 365. Tag. Auf den 1. Januar kann man nur dann kommen, wenn man von einer bestimmten Stunde des 1. Januar, etwa von 12 Uhr Mittags, an zu zählen beginnt, indem dann freilich ein Stück des wiederkehrenden 1. Januar in den 365. Tag fallen würde; aber auch selbst nach dieser, mit dem Wesen der Zivilkomp. ganz unvereinbaren Rechnung würde doch der Anfang des letzten Tags jedenfalls in den 31. Dez. fallen, und es wäre also selbst darnach kein Grund vorhanden, den 1. Januar als den letzten Tag aufzufassen. Zu welchen gezwungenen und unstatthaften Interpretationen überdies Savigny zur Rettung seiner vorgefaßten Ansichten seine Zuflucht nehmen muß, geht von selbst aus den obigen Andeutungen hervor. Gewiß mit Recht haben sich auch bereits die meisten Neueren mit Bestimmtheit gegen diese Theorie Savigny's ausgesprochen, vgl. namentlich Puchta, Bachofen, Boecking und Huschke a. d. aa. OO., obwohl dieselbe doch auch einige Vertheidiger gefunden hat, namentlich Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 26. S. 234 fgg. und Holzschuher Theorie und Kasuistik des gem. Zivilr. I. S. 365 fgg.

IV. Vom Schalttag. §. 197.

Breuning diss. ad Celsum in l. 98. de V. S. Lips. 1757, *Majansius* ad XXX. ICtorum fragmenta I. p. 101 sqq., Glück Komm. III. §. 269. c. 2. Aufl. S. 574 fgg. V. §. 457. S. 542 fgg., Koch Belehrungen rc. (s. d. vor. §en) §. 9, Bestätig. d. Belehr. S. 32 fgg., Gmelin (s. d. vor. §en) §. 8 und 14, S. 588 fgg., S. 601 fgg., Unterholzner Verjährungsl. I. §. 86, Göschen Vorles. I. §. 197. S. 580 fgg., Savigny Syst. IV. §. 192 fgg. S. 453 fgg., *de Gröning* quaestiones et controversiae de die intercalari, Gött. 1843.

1) *Cels.* l. 98. de V. S.: Quum bisextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est; nam id biduum pro uno die habetur, sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, quum bisextum Kalendis est, priorem diem natalem habet. §. 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Q. Mucius. §. 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

2) *Ulp.*, l. 3. §. 3. de minor. (4, 4): — — Proinde et si bisexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre, nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur.

3) *Marcell.* l. 2. de divers. temp. praescr. (44, 3): In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato necne debeat, quaeritur; item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque [praetoriaeque? vgl. Boecking Instit. §. 121. Not. 7.] actiones. Et [set? vgl. *Bynkershoek* obss. IV. 8, Savigny S. 465.] si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus XXX. pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori? [die gewöhnliche Lesart tempori ist aus einer irrigen Auflösung der Flor.: proficietempori entstanden, vgl. auch Basil. LI. 3. 2.: τῷ ἀγοραστῇ] Mihi contra videtur.

Anm. Um die folgenden Erörtrungen über den Schalttag vollständig aufzufassen, muß man sich an die Eigenheit des römischen Kalenders erinnern, wornach die Monatstage nicht wie bei uns vom ersten an in fortlaufender Reihe gezählt werden, sondern rückwärts von den Kalenden, Nonen und Iden, so daß die letzten Tage des Februar nach dem römischen Kalender folgender Maßen bezeichnet werden:

23. Februar . . . . . dies VII [ante] Kal. Mart. (Terminalia)
24. Febr. . . . . . d. VI „ „ „ (Regifugium).
25. Febr. . . . . . d. V „ „ „
26. Febr. . . . . . d. IV „ „ „
27. Febr. . . . . . d. III „ „ „
28. Febr. . . . . . pridie Kal. Mart.

Was nun aber insbesondere den Schalttag anbelangt, so kommt es hierbei vorzüglich auf folgende Punkte an:

I. Nach dem Vorjulianischen Kalender (in dem s. g. Numa'schen Jahre von 12 Monaten mit 355 Tagen) wurde ein ums andre Jahr im Monat Februar, mit welchem damals das Jahr endete, und zwar zwischen dem 23. Februar (Terminalia) und dem 24. (Regifugium) ein ganzer Monat, **mensis intercalaris s. Mercedonius**, eingeschaltet, welcher abwechselnd 22 oder 23 Tage enthielt, *Macrob.* Saturn. I. 13, *Censorin.* de die nat. c. 20, und über welchen sich auch noch in Justinian's Pandekten die merkwürdige Notiz findet, daß dieser ganze Monat nur als ein Zeitmoment, und zwar als Zugabe zu dem nächstvorhergehenden Februartag, also dem 23. Februar, betrachtet worden sei, l. 98. §. 1. de V. S. (T. 1.). Ob auch der §. 2 der l. 98. cit. sich auf diesen eingeschalteteten Monat beziehe, ist sehr bestritten. Ideler Chronologie II. S. 58 fgg. und Savigny S. 461 fgg. nehmen dies an, und erklären die Zahl 28 daraus, daß die Römer die 5 letzten Tage des Februar (vom 24. bis 28.), welche den **mensis intercalaris** folgten, mit zu diesem Schaltmonat gezählt hätten, so daß dieser dann allerdings 27 oder 28 Tage gehabt hätte. Da sich aber eine solche wunderliche Verlängerung des Schaltmonats auf Kosten des Februar, die überdies wegen der in l. 98. §. 1. bemerkten Fiktion von großer praktischer Bedeutung gewesen sein würde, ganz und gar nicht beweisen läßt, vgl. *Gröning* cit. p. 6 sqq.: so ist es gewiß glaublicher, hier eine Interpolation Justinian's anzunehmen. Celsus sprach wohl allerdings von dem eingeschalteten Monate, dem **mensis Mercedonius**, und er schrieb wohl: **mensis intercalaris constabat ex diebus XXII. vel XXIII**; die Kompilatoren Justinian's aber, die kein Interesse daran haben konnten, diese antiquarische Notiz aufzunehmen, bezogen den **mensis intercalaris** nicht auf den eingeschalteten Monat des Vorjulianischen Kalenders, den **Mercedonius**, sondern auf den Schaltmonat des Julianischen Kalenders, den **Februarius**, und veränderten demgemäß die Zahl in **XXVIII**, so daß darin jetzt der an das **princ.** sich anschließende Satz ausgesprochen wird, daß auch der Schaltmonat juristisch nur 28 Tage habe; die in Vulgat-Mss. sich vorfindende Zahl **XXIX** beruht

gewiß nur auf einer vermeintlichen Emendation; s. dagegen auch Basil. II. 2. 95. Vgl. überhaupt *Gröning* cit. §. 4.

II. Nach der Reform des Kalenders von Julius Cäsar fiel der eingeschaltete Monat ganz hinweg, und es wurde jetzt zur Ausgleichung mit dem astronomischen Jahre nur alle vier Jahre ein Schalttag eingefügt, welcher nach den ausdrücklichen Zeugnissen von *Macrob.* Saturn. I. 14. (*„eo scilicet mense ac loco“*) und *Censorin.* c. 20. (*„ubi mensis quondam solebat, post Terminalia“*) an dieselbe Stelle zu stehen kam, an welcher ehedem der Mercedonius eingeschaltet wurde, also zwischen Terminalia und Regifugium (dies VII. und dies VI. Kal. Mart.); und da auch dieser Schalttag, ähnlich wie der frühere Schaltmonat, juristisch nicht als selbständiger Tag behandelt wurde, so wurde er auch im Kalender nicht besonders gezählt, sondern er wurde als integrirender Theil des dies VI. Kal. Mart. behandelt, und also auch auf ihn dieselbe Zahl (dies sextus) angewendet. In einem Schaltjahr war demnach die römische Bezeichnung der letzten Februartage folgende:

23. Febr.	dies VII.	Kal.	Mart.	(Terminalia).	
24. Febr.	d. VI.	„	„	(intercalaris).	bisextum
25. Febr.	d. VI.	„	„	(Regifugum).	bisextum
26. Febr.	d. V.	„	„		
27. Febr.	d. IV.	„	„		
28. Febr.	d. III.	„	„		
29. Febr.	pridie	Kal.	Mart.		

Hiernach kann es nicht bezweifelt werden, daß nach unsrer heutigen Zählung der Monatstage der 24te, nicht aber der 25te Februar der Schalttag ist, und die von vielen Aelteren, und unter den Neueren selbst noch von Hugo Gött. gel. Anz. 1841. S. 827 vertheidigte umgekehrte Ansicht wird, abgesehen von vielem Andrem, schon vollständig durch die oben angeführten Zeugnisse von Macrobius und Censorinus widerlegt; und wenn Celsus und Ulpian in L. 1 und 2 ausdrücklich sagen, daß der d. sextus *posterior*, und nicht der prior eingeschaltet werde, so würde freilich nach der heutigen Zählung der Monatstage der posterior der folgende Tag, also der 25. sein, aber nach der römischen Zählung von den Kalenden des März rückwärts, ist natürlich der dies sextus posterior der von den Kalenden des März mehr entfernte dies sextus, also unser 24. Februar. Dies ist h. z. T. auch sehr allgemein anerkannt (vgl. die zahlreichen Zitate bei *Gröning* p. 15), und eben so wird auch von der Mehrzahl der Neueren mit größtem Rechte angenommen, daß auch noch jetzt gerade derselbe Tag, und nicht, wie viele Aeltere, und unter den Neueren namentlich auch

noch Glück und Hugo a. d. aa. DD. behaupten, der 29. Februar als Schalttag angenommen werden muß. Die Gregorianische Verbesserung des Kalenders bezog sich auch nicht entfernt auf diesen Punkt, und die durch die Sitte allmählich allgemein gewordene neue Zählung der Monatstage, wornach auch in einem Schaltjahre die Tage des Februar in fortlaufender Reihe bis zu 29 fortgezählt werden, läßt zwar eine solche Abänderung durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht sehr wünschenswerth erscheinen, aber gibt doch gewiß dem Richter kein Recht, dieselbe in Ermanglung solcher neuer Normen eigenmächtig vorzunehmeu; vgl. bes. Savigny S. 457 fgg. und *Gröning* p. 22 sqq.

III. Die juristische Behandlung des Schalttags ist nun aber die, daß derselbe der Regel nach gar nicht als selbständiger Tag angesehen wird, sondern vielmehr einen integrirenden Theil des dies sextus Kal. Mart. bildet, so daß beide, der Schalttag und der dies sextus (bisextum) als ein einziger Tag betrachtet werden, *id biduum pro uno die habetur* L. 1 und 2. Nach dem römischen Kalender tritt dies auch äußerlich sichtbar hervor, indem da die sämmtlichen Tage des Februar in einem Schaltjahr genau so gezählt werden, wie in einem gemeinen Jahr, und der Februar auch in einem Schaltjahr nur 28 Tage hat, L. 1. a. E.; nach unsrer h. z. T. gebräuchlichen Zählung der Monatstage müssen wir aber in einem Schaltjahr die 5 letzten Tage des Februar, vom 25. bis zum 29. um einen Tag zurückdatiren, so daß unser 26. Februar in einem Schaltjahr, juristisch nur der 25., unser 29. juristisch nur der 28. ist u. s. w. Zur Erläuterung mögen noch folgende Beispiele dienen:

1) Wenn Jemand am 26. Febr. Nachmittags 4 Uhr geboren ist, und sein 26. Geburtstag fällt in ein Schaltjahr, so hat er erst am 27. Februar um 4 Uhr sein 25. Jahr zurückgelegt, und kann also gegen alle Geschäfte, die er an diesem Tage vor 4 Uhr abgeschlossen hat, noch als minor restituirt werden. War er umgekehrt in einem Schaltjahr am 26. Februar geboren, so fällt sein Geburtstag in einem gemeinen Jahr stets auf den 25. Februar; und zwei Personen, von denen eine am 24., die andre am 25. Febr. eines Schaltjahrs geboren sind, haben juristisch stets ganz denselben Geburtstag, denn „nihil refert, utrum priore an posteriore dies quis natus sit" L. 1 und 2.

2) Wenn Jemand in einem Schaltjahr am 27. Februar Abends eine Sache zu usukapiren anfängt, so hat er die Usukapion schon unmittelbar nach Mitternacht zwischen dem 24. und 25. Febr. im 3. oder 10. Jahre vollendet, während wenn er am 27. Februar eines gemeinen Jahrs den Besitz erwarb, und der Endpunkt in ein

Schaltjahr fällt, die Verjährungszeit erst mit dem Anfang des 27. Februar abgelaufen ist.

3) Hat Jemand am 25. Februar Morgens ein Geschäft abgeschlossen, und das 30. Jahr ist ein Schaltjahr, so kann noch am ganzen 25. Februar die Klagenverjährung unterbrochen werden; wenn dagegen die Klage am 25. Februar eines Schaltjahrs erworben ist, so ist die Verjährung derselben schon mit dem Ablauf des 23. Februar im 30. Jahre vollendet.

IV. Von der eben entwickelten Regel gibt es aber eine Ausnahme, auf welche Marcellus in L. 3. a. E. hinweis't. Während nämlich der Jurist im Anfang der Stelle die Regel, daß der Schalttag nicht als selbständiger Tag zu behandeln ist, in einer Reihe von Beispielen in Anwendung bringt (**tempus judicati**, Prozeßverjährung, Usukapion, Klagenverjährung), wird zuletzt ein Fall der **lex commissoria** behandelt („**ut, nisi in XXX. diebus pretium esset solutum, inemtus esset fundus**"), und dabei die Anwendbarkeit jener Regel in Abrede gestellt, so daß also hier allerdings auch der Schalttag als selbständiger Tag angesehen, und folglich als einer der 30 Tage mitgezählt werden muß. Gewöhnlich wird diese Ausnahme dahin generalisirt, daß, wenn ein Zeitraum nach Tagen bestimmt sei, der Schalttag mitgerechnet werden müsse, während bei einer Rechnung nach Monaten oder Jahren die obige Regel eintrete, vgl. die zahlreichen Zitate bei *Gröning* p. 32 sqq., aber diese Meinung wird schon dadurch widerlegt, daß eines der Beispiele, in denen die Regel unzweifelhafte Anwendung findet, nämlich das **tempus judicati**, ein nach Tagen bestimmter Zeitraum ist (**XXX dies**). Gewiß richtiger ist daher die, neuerlich besonders von Savigny S. 469 fgg. und *Gröning* p. 32 sqq. vertheidigte Meinung, wornach zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Zeiträumen unterschieden werden muß; bei den erstren (denen doch wohl auch die richterlichen Fristen gleichzustellen sind), mögen sie nach Tagen, Monaten oder Jahren bestimmt sein, wird der Schalttag nicht als selbständiger Tag behandelt; bei den letztren dagegen verhält sich dies anders, wenigstens, wenn die Frist nach Tagen oder Zeit-Monaten bestimmt ist, während freilich, wenn der Zeitraum nach Kalender-Monaten oder nach Jahren bemessen ist, auch bei vertragsmäßigen Fristen der Schalttag nicht mitgezählt werden darf; vgl. *Gröning* p. 33 sqq.

Achtes Kapitel.

Vom Besitze.

Dig. XLI. 2. de acquirenda vel amittenda possessione; Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione. — v. Savigny das Recht des Besitzes. Gieß. 1803, 6te Aufl. 1837 (wo sich auch in der Einl. S. XV—LXXII. eine sorgfältige Uebersicht über die fast überreiche und doch im Ganzen sehr ungenügende Literatur dieser Lehre bis zum Jahr 1836 findet); v. Tigerström die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes. Berl. 1836; Koeppe zur Lehre vom Besitz. Berl. 1839; Koch die Lehre vom Besitz nach preuß. Rechte mit Rücksicht auf das gem. Recht. 2te Aufl. Breslau 1839; Darstellung der Lehre vom Besitz, als Kritik des v. Savigny'schen Buches, von einem preuß. Juristen. Berl. 1840; Pfeifer was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz? eine Abh. gerichtet gegen die v. Savignische Doktrin über das Recht des Besitzes. Tüb. 1840; Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tüb. 1848. — Vgl. auch Kierulff Theorie des gem. Zivilr. I. S. 339 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslex. II. S. 41 fgg., Ders. Kurs. der Institt. II. §. 224 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. §. 42 fgg.

I. Von der rechtlichen Natur des Besitzes.

1) Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes. §. 198.

Anm. Ist der Besitz ein Recht? und, wenn er eines ist, zu welcher Klasse von Rechten gehört er? vgl. v. Savigny §. 5. 6. Gans, Syst. des röm. Zivilr. S. 202 fgg., Puchta im Rhein. Mus. III. S. 289 fgg., Rudorff in Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VII. S. 90 fgg., Hasse d. J. im Rhein. Mus. VI. S. 184 fgg., v. Thaden, Untersuchungen über den Begriff des röm. Interdikten-Besitzes und dessen Klassifikation im Rechtssystem. Hamb. 1833, v. Meysenbug, Servius 1. Heft. Berl. 1834. S. 113 fgg., Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern; nebst einer Zugabe über **Fest. v. Possessiones** und **Possessio**. Heidelb. 1835. S. 104 fgg., Mühlenbruch Zess. 3te Aufl. S. 5 fgg. in der Note, Savigny Zusatz in der 6. Aufl. S. 40 fgg., Gans über die Grundlage des Besitzes. Berl. 1839, Schaaff Gans' Kritik gegen Herrn v. Savigny. Berl. 1839, Huschke in Richter's krit. Jahrb. Bd. V. (1839) S. 299 fgg., Schmidt das possess. Klagrecht des jur. Besitzes. Gieß. 1838. S. 8 fgg., Tigerström im ziv. Arch. XXII. 3, Schaffrath prakt. Abhh. S. 225 fgg., Pfeifer a. a. O. Vorwort S. X fgg., Bruns a. a. O. S. 17 fgg. S. 385 fgg. S. 414 fgg. S. 487 fgg.

2) Terminologien des römischen Rechts. §. 199.

Anm. Hier tritt uns als die entscheidende Frage die entgegen: welche Begriffe verbanden die Römer mit den Worten **possessio civilis** und **naturalis**? Ueber die früheren Ansichten s. v. Savigny a. a. O. §. 10. und vgl. auch Bruns a. a. O. S. 106 fgg. S. 353 fgg. S. 369 fgg. S. 388. Savigny selbst stellt §. 7. folgende Sätze auf: **Possessio civilis** ist ausschließlich der Besitz, welcher zur Usukapion führt, **poss. naturalis** aber der Besitz, dem diese Wirkung abgeht. Diese **poss. naturalis** kann aber entweder so beschaffen sein, daß sie Interdikte hervorbringt, und dann heißt sie auch **possessio (per eminent.)**, oder es fehlt ihr auch diese Wirkung, und dann ist es **poss. naturalis** im engern und gewöhnlichern Sinn. **Civiliter non possidere** hat gleichfalls eine doppelte Bedeutung, indem dadurch bald die Negation des Zivilbesitzes, bald die Negation alles Besitzes aus zivilistischen Gründen ausgedrückt werden soll. — Diese Ideen Savigny's sind denn auch von der

Mehrzahl der neueren Juristen angenommen, und neuerlich wieder sehr ausführlich von Thon im Rhein. Mus. IV. S. 95 fgg. vertheidigt worden, vgl. auch *Puchta* **de civili possessione. Lips.** 1839. Dagegen aber zirkulirt schon seit geraumer Zeit ein ungedruckter Aufsatz von Erb, dessen Ansichten auch mehrere Neuere gefolgt sind, vgl. Gans, Scholien zu Gaius S. 267; *Comes de Reisach* **de antiqua jur. Rom. regula: nemo sibi caus. poss. mut. pot. Landsh.** 1821. Not. 4, Johannsen Begriffs-Bestimmungen. Heft I. Heidelb. 1831, und ausführliche Begründungen derselben haben gegeben Thibaut im ziv. Arch. XVIII. S. 317 fgg., XXIII. S. 167 fgg., Kierulff Theorie I. S. 346 fgg. Not. *, Warnkönig im ziv. Arch. XX. S. 178 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 4 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 447 fgg. Not. 23 und 24. Erb's dem Resultate nach nicht neue Theorie geht dahin, daß **poss. civilis** nicht blos den Usukapions-, sondern auch den Interdikten-Besitz bezeichne, und daß also **poss. naturalis** und das **civiliter non possidere**, nicht, wie Savigny will, in zweifachem Sinn, sondern immer nur in der einen bestimmten Bedeutung genommen werden könne, daß damit keine Interdikte verbunden seien. — Die sorgfältige Betrachtung unserer Quellen führt aber wohl zu dem Resultate, daß man sich keiner dieser beiden Theorieen unbedingt anschließen kann, sondern die Begriffe so bestimmen muß: **Poss. civilis** ist dann vorhanden, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem **animus domini** hat; **possessor naturalis** ist aber derjenige, welcher zwar detinirt, aber diesen **animus** entweder wirklich nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache **extra commercium**, oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird. In diesen letzten Fällen kann zwar faktisch der **animus domini** vorhanden sein, aber in den Augen des Gesetzes ist er nicht vorhanden, und nur eine **poss. naturalis**, als eine **res facti, quae jure civili infirmari non potest, l. 1. §. 4. de poss.** (41, 2) kann hier angenommen werden; vgl. auch Burchardi im ziv. Arch. XX. S. 14 fgg. und Lehrb. des röm. Rechts Bd. II. §. 151. S. 371 fgg., Roßhirt Zivilr. II. §. 218, Bruns a. a. O. S. 20 fgg. — Die nähere Begründung dieser, von Savigny's wie von Erb's Theorie gleich sehr abweichenden Meinung, und die Widerlegung jener anderen Ansichten kann in folgende Sätze zusammengefaßt werden:

1) Savigny geht davon aus, daß unter den Wirkungen der **possessio** die Usukapion die einzige sei, welche aus dem eigentlichen Zivilrecht hervorgehe, und daß eben darum auch nur die zur Usukapion führende **poss.** eine **civilis** habe genannt werden können.

Offenbar aber nimmt hier Savigny das Wort **civile** in einem Sinn, den es zwar wohl im Gegensatz zum **jus honorarium**, nicht aber auch zum **jus naturale** hat. Hier nämlich bezeichnet es alles, nicht aus dem **jus gentium**, sondern dem individuellen römischen Recht Hervorgehende, mag nun das besondere gesetzgeberische Organ sein, welches es immerhin will, so daß auch das Prätorische Recht dem **jus civile** in diesem Sinne angehört. Geht man hiervon aus, und bedenkt man, daß wirklich jeder mit dem **animus domini** verbundene Besitz, aber auch nur dieser, solche positivrechtliche Folgen hervorbringt (denn auf der einen Seite ist ohne solchen Besitz Usukapion ungedenkbar, und auf der anderen Seite bringt jeder Eigenthumsbesitz, aber auch nur ein solcher, das Recht zu den, doch gewiß nicht dem **jus gentium** angehörenden possessorischen Interdikten hervor), so läßt sich doch wohl nicht in Abrede stellen, daß schon von vorne herein die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der Ausdruck **poss. civilis** sich auf jeden, mit dem **animus domini** verbundenen Besitz beziehe. Daß das spätere Recht doch in einigen Fällen, in denen dieser **animus** fehlte, aus besonderen Gründen die Interdikte zuließ, konnte den einmal fixirten Sprachgebrauch nicht ändern, indem eine solche Aenderung der römischen Sitte widerstrebt, und in der That war sie auch um so weniger nöthig, als in jenen Fällen die Interdikte nicht als aus eigenem Rechte des Besitzers hervorgehend, sondern als aus dem Rechte des Eigenthums-Besitzers abgeleitet erscheinen (s. §. 200. Anm. 1.).

2) Hiermit stimmen auch vollkommen die Quellenzeugnisse überein, denn nicht nur, daß in den bei weitem meisten Stellen, wo die **possessio naturalis** erwähnt wird, ganz augenscheinlich die blose Detention ohne den **animus rem sibi habendi** gemeint ist, vgl. z. B. **l. 3. §. 3. §. 13. de poss. (41, 2), l. 38. §. 10. de usur. (22, 1), l. 38. §. 7. de V. O. (45, 1)** u. s. w., so wird auch die angedeutete Terminologie auf das Bestimmteste ausgesprochen in **Synops. Basil. edid. Leuncl. p. 431.**: *Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή. κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.* Vgl. auch *Theophil.* **III. 29. §. 2.** und **IV. 15. §. 5.**, wo es zuerst heißt, daß man auch durch Andere besitzen könne, z. B. den Pachter, Miether, Depositar und Kommodatar, und hierauf folgen dann die Worte: *ἐκείνων γὰρ κατεχόντων φυσικῶς, ἐγὼ τῷ νόμῳ νέμομαι.* — Folgende Stellen bedürfen aber noch einer besonderen Betrachtung:

a) **L. 3. §. 15. ad exhibend. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter sed et eum, qui naturaliter incumbat posses-**

sioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. — Thibaut, Kierulff, Pfeifer nehmen an, das **denique** vermittele hier den Uebergang zu einem neuen Satze, und übersetzen demgemäß: übrigens findet die Klage gegen den Pfandgläubiger unbezweifelt Statt. Man muß aber gewiß mit Savigny und Thon annehmen, daß in den Worten **denique creditorem** u. s. w. eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze, und also ein Beleg für die Meinung enthalten sei, daß der Faustpfandgläubiger nur eine **possessio naturalis** habe, denn wenn auch **denique** nicht mit: zum Beispiel, wie Savigny will, übersetzt werden kann, so ist es doch offenbar soviel, wie demnach oder folglich, s. auch *Basil.* XV. 4. 3. §. 13. Daß also hierdurch die Erb'sche Theorie, wornach der Pfandgläubiger nothwendig eine **poss. civilis** haben müßte, untergraben wird, scheint unzweifelhaft, aber eben so wenig kann auch Savigny aus dieser Stelle seine Theorie ableiten; denn auf einer **petitio principii** beruht es, wenn er daraus, daß der Pfandgläubiger, obgleich ihm alle Besitzrechte mit einziger Ausnahme der Verjährung zustehen, doch nur **possessor naturalis** ist, den Schluß machen will, **possessio civilis** sei nur die, welche zur Usukapion führe. Vielmehr muß man so sagen: da der Pfandgläubiger nicht den **animus domini** hat, so ist er blos **possessor naturalis**, obwohl er ausnahmsweise Interdikte hat. — Der richtige Begriff von **poss. civilis** geht aber auch noch in anderer Weise aus dieser Stelle hervor, denn, wenn da der Jurist sagt: die **actio ad exhibendum** könne nicht nur gegen den **possessor civilis**, sondern auch gegen den **naturalis** angestellt werden, so kann man hier unmöglich unter **poss. civilis** den Usukapions-Besitz verstehen, da es auf einen solchen bei der **actio ad exhibendum** denkbarer Weise gar nicht ankommen kann, und wenn Puchta **de civ. poss. p. 10 sqq.** und Vorles. **I.** S. 438 aus **l. 7. §. 3. ad exhib.** den Beweis führen will, daß Ulpian allerdings gerade auf den Usukapionsbesitz bei der **actio ad exhib.** Gewicht gelegt habe, so bedarf dies für den Unbefangenen keiner besondren Widerlegung. Versteht man aber unter **poss. civilis** den Eigenthumsbesitz, so bekommt die Stelle juristische Bedeutung, denn allerdings zweifelhaft konnte es sein, ob auch der, welcher **alieno nomine** besitzt, mit dieser Klage belangt werden könne, vgl. **l. 9. de R. V. (6, 1)**, und dieser Zweifel wird dann hier abgeschnitten. Zieht man endlich noch **l. 4.** und **l. 5.**, die in unmittelbarem Zusammenhange mit **l. 3. §. 15.** stehen, hinzu, und findet man, daß hier als Beispiele der **poss. naturalis** blos Fälle des Besitzes in fremdem Namen aufgeführt werden, so muß man wohl zugestehen, daß die vorher angenommene Terminologie

in unserer Stelle keine geringe Stütze findet. — Ueber die ebenfalls noch hierher gehörige **l. 7. §. 1. ad exhib.** vgl. man unten §. 204. Anm. 2.

b) **L. 2. §. 1. pro herede (41, 5): Quod vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.** — Daß in dieser Stelle die bisher vertheidigte Bedeutung von **poss. civilis** und **naturalis** zu Grunde liegen kann, bedarf keiner besonderen Ausführung, und die von Julian beigefügten Beispiele geben offenbar kein unbedeutendes Argument für die Wirklichkeit dieser Bedeutung ab, vgl. auch die wichtige Parallelstelle desselben Julian in **l. 33. §. 1. de usurp. (41, 3).** Sehr schwer und gezwungen dagegen ist dieser Ausspruch Julian's mit Savigny's Theorie zu vereinigen. Wenn nämlich Julian den Satz aufstellt: bei der **civilis poss.** sei die Anwendbarkeit der Regel: **nemo sibi causam** u. s. w. nicht zu bezweifeln, aber sie komme auch bei der **naturalis poss.** vor; wenn er also als das eigentliche Hauptgebiet dieser Regel die **civilis poss.** hinstellt: so wäre dies schlechthin verwerflich, wenn man unter **civil. poss.** den Usukapionsbesitz verstehen wollte, denn bei diesem kann im neueren Rechte die ganze Regel gar nicht mehr zur Anwendung kommen, und im älteren Rechte konnte sie es blos in dem einzigen Falle, wenn Jemand seinen bisherigen Usukapionstitel in den vortheilhafteren **pro herede** umwandeln wollte. Freilich glaubt Savigny, daß sich die ganze Regel: **nemo sibi causam rel.** blos und allein auf die alte **usucapio pro herede** und allenfalls die **usureceptio** bezogen habe, aber dies ist offenbar irrig, da auch in anderen Beziehungen positiv und negativ im Justinianischen Rechte — in welchem, wenn Savigny's Meinung gegründet wäre, eigentlich gar nicht mehr davon hätte geredet werden können — Gebrauch davon gemacht ist, vgl. unten §. 204. Anm. 3. Also: wenn man Savigny's Terminologie annimmt, so hat schon Julian selbst in unserer Stelle sich sehr ungenau ausgedrückt, indem er dann als die Hauptanwendung der Regel einen einzelnen singulären Fall hinstellen würde; überdies aber muß man dann auch annehmen, daß die Kompilatoren bei der Aufnahme dieser Stelle ganz kopflos verfahren hätten, indem bei dem Usukapionsbesitz die ganze Regel hinweggefallen ist. Beide Uebelstände aber werden auf das Vollkommenste gehoben, und Julian sowohl als die Kompilatoren von jedem Vorwurf befreit,

wenn man unter civilis poss. den Eigenthumsbesitz, unter naturalis poss. den Besitz in fremdem Namen versteht.

c) In zwei Gesetzen wird der von ihrem Manne beschenkten Ehefrau Zivilbesitz abgesprochen:

Ulp. l. 1. §. 9. 10. de vi (43, 16): Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. (§. 10.). Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus.

Paul. l. 26. pr. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1): Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat;

während sie als possessor, l. 1. §. 4, l. 16. de poss. (41, 2), l. 1. §. 2. f. pro donato (41, 6), mit Interdikten l. 1. §. 9. 10. cit., aber ohne Usukapion, l. 1. §. 2. cit. anerkannt ist. Daß diese Stellen mit Savigny's Theorie recht gut in Uebereinstimmung gebracht werden können, läßt sich nicht bezweifeln. Erb's Ideen aber widersprechen sie geradezu, denn die Interpretation, welche Thibaut von den beiden abgedruckten Stellen giebt, um sie mit seiner Terminologie zu vereinigen, ist gewiß unhaltbar. Er übersetzt nämlich in l. 1. §. 10. cit. so: wenn der Ehemann seiner Frau eine Immobilie geschenkt hat, und diese entsetzt ist, so steht ihm das Interdikt zu, nicht aber, wenn der Pachter der Ehefrau dejizirt wird; und dieser wunderliche Satz soll sich darauf gründen, weil der Ehemann alle der Frau widerfahrenen Unbilden sich zu Gemüthe führen dürfe! Daß dies aber ganz irrig ist, und daß man die Stelle nothwendig dahin verstehen muß, daß der dejizirten Ehefrau selbst das interdictum unde vi gebühre, nicht aber einem dejizirten Pachter, geht schon, abgesehen von anderen Gründen, daraus hervor, weil der §. 10. nur eine Anwendung des in §. 9. ausgesprochenen Rechtssatzes enthalten soll. Siehe jetzt auch gegen diese Erklärung Thibaut's, „in welcher nicht ein gesundes Element zu finden ist", v. Savigny's 6te Auflage S. 72 fgg. Not. 2., und Geiger in Gießer Zeitschr. XIII. S. 248 fgg. Nicht weniger unhaltbar ist aber auch die Interpretation von Kierulff S. 349. Nr. 5, welcher zwar den §. 10. wie Savigny erklärt, den §. 9. aber so auffaßt, daß hier gar nicht von dem Subjekt des interd. unde vi die Rede sei, sondern da nur gesagt werde, das Interdikt könne auch durch Dejektion des Naturalbesitzers begründet werden [nämlich nicht für ihn selbst, sondern nur für seinen Prinzipal], vgl. dagegen auch Thibaut

im ziv. Arch. XXIII. S. 185 fgg., Bruns a. a. O. S. 22; und eben so wenig endlich kann man der Erklärung beistimmen, welche Pfeifer a. a. O. S. 45 fgg. von unsrem §. 10 giebt, wornach die beschenkte Frau zwar dann das Interdikt haben soll, wenn sie selbst dejizirt sei, aber nicht auch dann, wenn ihr Pachter dejizirt worden sei, weil sie in diesem Falle gar nicht einmal den Naturalbesitz habe! — Die Worte der l. 26. cit.: licet illa jure civili possidere non intelligatur werden aber von Thibaut so übersetzt: „wenn man auch annehmen wollte, daß sie nach Zivilrecht nicht besitze", aber auch dieses ist gewiß irrig, indem man offenbar richtiger so überträgt, wenn sie auch nach Zivilrecht nicht als Besitzerin anerkannt werden kann. — Man muß also jene beiden Stellen ganz so interpretiren, wie Savigny, ohne daß man aber auch seinen ferneren Folgerungen beistimmen kann. Vielmehr geht aus allen oben angeführten Gesetzen mit vollkommenster Konsequenz folgendes Resultat hervor: Schenkungen unter Ehegatten sind nach Zivilrecht ganz wirkungslos, und daraus geht hervor, daß der Beschenkte jure civili auch nicht als Besitzer angesehen werden darf, l. 26. de donat. int. vir. et uxor. Da aber doch eine res facti durch jus civile nicht aufgehoben werden kann, so ist allerdings der beschenkte Ehegatte Besitzer, l. 1. §. 4, l 16. de poss., l. 1. §. 2. pro donato, aber freilich nur Naturalbesitzer, l. 1. §. 9. 10. de vi. Weil aber bei dieser und ähnlichen Arten der naturalis poss. die Eigenthümlichkeit eintritt, daß der Detentor nicht in fremdem Namen besitzt, und auch kein Dritter den Eigenthumsbesitz an der geschenkten Sache hat, l. 1. §. 4. de poss., so ist es sehr natürlich, daß hier dem Detentor das Recht, Interdikte anzustellen, eingeräumt wird, l. 1. §. 10. de vi, indem ja sonst in einem solchen Falle Niemand der Klagberechtigte sein würde; und insofern läßt sich behaupten, daß auch naturalis possessio zu dem interdictum unde vi hinführen könne, l. 1. §. 9. eod., aber auch nur insofern, indem in andern Fällen, wenn Jemand wirklich nomine alieno besitzt, der Detentor, z. B. der Pachter, jenes Rechtsmittel nicht gebrauchen kann, l. 1. §. 10. f. §. 22. 23. eod., l. 8. 12. eod. (wo dem Pachter nur dann das interd. unde vi gegeben wird, wenn er den Verpachter dejizirte, und also in eigenem Namen zu besitzen anfing), l. 20. eod., l. 1. C. si per vim (8, 5). Zwar wird dies von manchen Neueren geleugnet, und jedem Detentor das interdictum unde vi zugesprochen, vgl. z. B. Thibaut im ziv. Arch. XVIII. S. 361 fgg. XXIII. S. 173 fgg., Geiger in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 247 fgg., Pfeifer a. a. O. Vorw. S. XV. fgg., S. 45. S. 55 fgg., Sintenis Zivilr. I. §. 42. S. 449. Not. 24, II.

§. 127: aber die einzige, einigermaßen scheinbare Stütze dieser irrigen Ansicht ist eben nur die falsche Interpretation unsrer l. 1. §. 9. de vi; vgl. dagegen auch Savigny S. 175 fgg., S. 510 fgg., Burchardi im ziv. Arch. XX. S. 45 fgg., besond. Bruns a. a. O. S. 62 fgg.

d) In mehreren Stellen wird dem Sklaven in Betreff der Pekuliensachen die **civilis poss.** ab= und die **naturalis poss.** zugesprochen, l. 24. de poss., l. 38. §. 7. 8. de V. O. (45, 1). Daß hier ganz diese Ausdrücke in der bisher vertheidigten Bedeutung genommen sind, bedarf keiner Ausführung, da es sich ganz von selbst versteht, daß ein Sklave den **animus domini** nicht haben kann. —

3) Von den Subjekten des Besitzes. §. 200.

Anm. 1. — 1) In mehreren Fällen finden wir die Befugniß zu Interdikten auch solchen Inhabern eingeräumt, welche nicht den **animus domini** haben. Savigny §. 9. und §. 23—25. stellt dies als Ausnahmsfälle dar, in denen aus besonderen Gründen von der Regel abgegangen, und ein von dem Eigenthums=Besitze abgeleiteter Besitz angenommen worden sei. Dies ist aber neuerlich mehrfach bestritten worden. Die meisten Gegner der Savigny'schen Theorie gehen davon aus, daß sie den **animus** *domini* als charakteristisches Merkmal der juristischen **possessio** verwerfen, und dafür einen andren **animus** substituiren, dessen Begriff dann so weit gefaßt wird, daß darunter auch die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes subsumirt werden können, wobei freilich im Einzelnen wieder mannichfache Abweichungen vorkommen; vgl. z. B. Guyet Abhh. Nr. 6. und Ders. in der Gieß. Zeitsch. IV. S. 361 fgg., Buchholtz Versuche Nr. 8, Warnkönig im ziv. Arch. XIII. S. 169 fgg., Kierulff Theorie I. S. 353 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 63 fgg., Schmidt Kommodat. und Prekar. S. 21 fgg., Ders. in der Gießer Zeitschr. XX. S. 112 fgg., Boecking Institut. I. §. 123. S. 516 fgg. u. A. m. Dagegen aber stimmt v. Schröter in der Gießer Zeitschr. II. S. 253 fgg. allerdings mit Savigny insofern überein, daß auch er den **animus domini** als die Grundlage des juristischen Besitzes betrachtet, weicht aber darin von demselben ab, daß er auch in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes einen **animus domini** annimmt, und dieselben also gar nicht als Ausnahmsfälle ansieht; und ähnlich ist auch die Ansicht von Bartels in Gießer Zeitschr. VI. S. 177 fgg., indem

er den **animus rem sibi habendi** als charakteristisches Merkmal des juristischen Besitzes aufstellt, und diesen dann auch in den Fällen des abgeleiteten Besitzes annimmt. — Bei sorgsamer Betrachtung muß man sich gewiß für Savigny's Meinung erklären, die auch noch h. z. T. die bei weitem meisten Anhänger findet, vgl. z. B. Büchel, zivilrechtl. Erörtr. No. 2. S. 45 fgg. 2. Aufl. Bd. I. S. 160 fgg., Sintenis in Gießer Zeitschr. VII. S. 223 fgg. S. 414 fgg. und prakt. Zivilr. I. S. 443 fgg. (welcher wenigstens, dem Resultate nach, im Wesentlichen Savigny's Ausführungen beitritt), Thibaut im ziv. Arch. XVIII. S. 327 fgg. Burchardi das. XX. S. 18 fgg. Puchta in Richter's krit. Jahrb. I. S. 677 fgg., Roßhirt im ziv. Arch. XXI. S. 242 fgg. und Zivilr. II. §. 214. (welcher nur gegen den Begriff: abgeleiteter Besitz polemisirt, im Uebrigen aber mit Savigny übereinstimmt), Unterholzner Schuldverh. II. §. 257, Bruns a. a. O. S. 5 fgg., und s. auch die Lehrb. von Wening §. 109, Mühlenbruch §. 233, Göschen §. 204, Schilling §. 133, Puchta §. 125, Kursus der Institut. II. §. 229. geg. E. u. A. m. Daß nämlich wirklich der **animus domini** als die wahre Grundlage des juristischen Besitzes betrachtet werden müsse, geht schon aus den zum vorigen §. mitgetheilten Erörterungen über **poss. civilis** hervor, und insbesondere sind auch die da angeführten Stellen der Basiliken und des Theophilus zu beachten, bes. **Theoph. III. 29. §. 2.**: *Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* Daß aber bei dem Pfandgläubiger, dem Emphyteuta u. s. w. kein **animus domini** vorhanden sei, darf bei unbefangener Anschauung, ungeachtet der gekünstelten Ausführungen v. Schröter's nicht bezweifelt werden, und die römische Betrachtungs-Weise geht auch bestimmt genug daraus hervor, daß in solchen Fällen eine **possessio *naturalis*** statuirt wird, deren Charakteristisches darin besteht, daß **nomine alieno** besessen wird. Ganz deutlich ist aber auch, wenigstens für den Pfandgläubiger, gerade ein abgeleiteter Besitz anerkannt in der **l. 16. de usurpat. (41, 3)**, wo es mit klaren Worten heißt: **adeo ut addici possit creditori possessio ejus, qui pignori dedit**, und gewiß mit größtem Rechte ist daher Savigny auch in der 6ten Aufl. seiner früheren Ansicht treu geblieben; vgl. bes. den ausführlichen Zusatz S. 138. — S. 151, wo er die treffende Würdigung der gegnerischen Ansichten mit den wahren Worten beschließt: „In allen diesen neueren Schriften ist also viele Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden".

2) Es wird aber ein solcher abgeleiteter Besitz in unsern Gesetzen erwähnt:

a) bei dem Faustpfandgläubiger, l. 35. §. 1, l. 37. de pign. act. (13, 7), l. 1. §. 15, l. 3. §. 23, l. 10. §. 1, l. 36. 40. pr. de poss. (41, 2), l. 16. de usurp. (41, 3), l. 3. §. 8. uti possidet. (43, 17). Daß dies auch bei dem creditor *hypothecarius*, welcher in den Besitz der Sache gekommen ist, anwendbar sei, wie jetzt namentlich Sintenis, Handb. des Pfandr. S. 230 fgg. und Bruns S. 5 fgg. ganz allgemein behaupten, ist gewiß irrig, und wird schon dadurch widerlegt, daß der missus in possessionem blose Detention hat, obwohl er bekanntlich eben durch die missio das s. g. prätorische Pfandrecht erhalten hat, l. 3. §. 23, l. 10. §. 1. de poss., l. 3. §. 8. uti possid. (43, 17).

b) Bei dem Emphyteuta, l. 15. pr. §. 1. qui satisdare cog. (2, 8). Sollte man in dieser Stelle darum keinen entscheidenden Beweis finden wollen, weil hier allerdings nur von der possessio zum Zweck der Befreiung von Kautionsleistung die Rede ist, und sollte man also anzunehmen geneigt sein, dem Emphyteuta stehe nicht sowohl eine possessio corporis derivata, als vielmehr eine juris possessio zu, eine Meinung, die jetzt insbesondre von Arndts in der Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 367 fgg. ausführlich vertheidigt worden ist: so muß doch wohl jeder Zweifel verschwinden, wenn man bedenkt, daß der Emphyteuta auch eine utilis *corporis* vindicatio hat, l. 1. §. 1. *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur* (6, 3), daß er die Früchte schon durch blose Separation gewinnt, l. 25. §. 1. de usur. (22, 1) — welches Argument besonders Savigny urgirt —, und daß ihm eine utilis confessoria et negatoria actio in Betreff der dem emphyteutischen Grundstück zustehenden oder angeblich darauf lastenden Servituten gebührt, l. 16. de servitut. (8, 1), denn da die Prädialservituten an dem corpus praedii selbst kleben, so muß doch wohl der, dem eine Verfolgung derselben zusteht, eine Berechtigung an dem corpus haben — auf welches letztere Argument vorzüglich Büchel, zivilr. Erörtr. No. 3. S. 46. Not., 2. Aufl. Bd. I. S. 329. Not. aufmerksam macht. Alle diese Gründe werden um so entscheidender, wenn man berücksichtigt, daß es sich in allen diesen Beziehungen bei dem Usufruktuar, dem ausgemachter Weise eine *juris* possessio zusteht, anders verhält. Auf der andren Seite zu weit geht aber Puchta an d. aa. OO., wenn er, in dieser Beziehung mit Schröter übereinstimmend, die Behauptung aufstellt, daß der Emphyteuta wirklich den animus *domini* und folglich nicht eine abgeleitete, sondern eine ursprüngliche possessio corporis habe; vgl. dagegen auch Arndts a. a. O. S. 402 fgg.

c) Bei dem Superfiziar. Zwar glaubt Savigny §. 23. S. 331 fgg. und Einleit. S. LXIII, der Besitz des Superfiziar sei vielmehr eine *juris* possessio, und er führt dafür theils die Analogie der Servituten, theils und vorzüglich den allerdings bemerkenswerthen Umstand an, daß hier nicht das gewöhnliche interdictum uti possidetis, sondern ein eignes neues gegeben sei, tit. Dig. XLIII. 18, l. 3. §. 7. uti possidet. (43, 17), und das interdict. uti possidetis vielmehr dem dominus superficiei zustehe, l. 3. §. 7. cit., was sich vollkommen erkläre, wenn man eine juris possessio des Superfiziar statuire, im anderen Falle aber einen unerklärlichen Verstoß gegen die Regel enthalte, daß es keine possessio plurium in solidum gebe, vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XI. S. 229 fgg. Doch aber scheint mir die andere Meinung, wornach der Superfiziar vielmehr eine abgeleitete corporis possessio hat, richtiger zu sein; denn nicht nur, daß ihm eine possessio, ohne den Zusatz juris oder quasi zugeschrieben wird, l. 13. §. 3. de pignorib. (20, 1), l. 1. §. 1. de superficieb. (43, 18), so entscheidet hier wohl auch mehr die Analogie der Emphyteuse, als die von Savigny angezogene der Servituten, und zwar um so gewisser, da hier dieselben Argumente, wie bei der Emphyteuse wiederkehren, denn auch der Superfiziar hat eine utilis corporis vindicatio, l. 73. §. 1, l. 74, l. 75. de R. V. (6, 1), und ebenfalls steht ihm eine utilis confessoria und resp. negatoria actio zu, l. 3. §. 3. de oper. novi nunc. (39, 1). Daß ihm doch nicht das gewöhnliche interdict. uti possidetis, sondern ein eigenes possessorisches Interdikt gegeben wird, erklärt sich einfach, wenn man nur bedenkt, daß hier eigentlich nur von einer *quasi* corporis possessio die Rede ist, indem ein wirklicher Besitz des Gebäudes nur dem Besitzer von Grund und Boden zustehen kann. Wenn hier nun doch aus praktischem Bedürfniß contra tenorem juris ein Besitz angenommen wurde, so konnte doch nicht das interdict. uti possidetis Platz greifen, welches wirkliche corporis possessio, also den Besitz von Grund und Boden voraussetzte, sondern es mußte nothwendig ein eignes Rechtsmittel gegeben werden. Daraus erklärt sich auch genügend die andere anomale Erscheinung, daß neben dem interdictum des Superfiziar auch noch das interdict. uti possidetis des dominus superficiei vorkommt. Wirklich fängt auch h. z. T. die hier vorgetragene Ansicht immer mehr um sich zu greifen an, vgl. Duroi im ziv. Arch. VI. S. 396, Huschke in Tüb. krit. Zeitschr. II. S. 353 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. II. S. 246, Schuldverh. II. S. 109, v. Schröter in Gießer Zeitschr. II. S. 244 fgg., v. Buchholz, Versuche S. 83 fgg., Büchel, zivilr. Erörtr. No. 3. S. 65 fgg. 2. Aufl. I.

S. 351 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening Heft 2. S. 406 fgg., Kierulff I. S. 358 fgg., Schilling II. §. 137. Not. c., Schmidt, Kommodat S. 48, Boecking I. §. 123. Not. 19, bes. §. 126. Not. 7, Sintenis I. §. 56. Not. 12, *Niegolewski* **de jure superficiario** p. 81 **sqq.**, Bruns a. a. O. S. 9 fgg.

d) Bei dem Sequester, auf den jedoch nur dann juristischer Besitz übergeht, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist, l. 39. **de poss.** („**et hoc aperte fuerit approbatum**"); s. auch l. 17. §. 1. **depos.** (16, 3), wo man bei den Worten **nisi apud sequestrum deposita est** nach Duaren's richtiger Bemerkung nicht **res**, sondern **possessio** suppliren muß, v. Savigny §. 25, Bruns S. 7 fgg.

e) Bei dem Empfänger eines Prekarium, und zwar findet hier wohl richtiger Ansicht nach das umgekehrte Verhältniß, wie bei dem Sequester Statt, so daß also in der Regel juristischer Besitz übergeht, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausbedungen ist. Obwohl nämlich Manche anderer Meinung sind, z. B. *de Schröter* **observ.** p. 66 **sqq.**, so möchte doch die richtige Meinung schon sehr bestimmt aus dem allgemeinen Ausspruch der l. 4. §. 1. **de precario** (43, 26) hervorgehen: **meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere,** womit aber auch noch insbesondere die Stellen in Verbindung gebracht werden müssen, welche die Verwandlung der **possessio** in blose Detention für den Fall aussprechen, wenn eine **precario** gegebene Sache nachher vermiethet oder verpachtet wird, l. 21. §. 3. **de poss.** l. 33. §. **ult. de usurp.** (41, 3); v. Savigny §. 25, Fritz, Erläutr. I. S. 224 fgg., Gesterding. Nachforsch. Th. V. Abth. 2. S. 68 fgg., Schmidt, Kommodat. und Prekar. S. 55 fgg.

Bei diesen Fällen muß man aber auch stehen bleiben, denn wenn:

α) viele Aeltere (vgl. die bei v. Savigny §. 23. Angeff.) und unter den Neueren Burchardi im ziv. Arch. XX. S. 22. und S. 36 fgg., auch dem Usufruktuar und anderen Inhabern von Personalservituten, einen abgeleiteten juristischen Besitz an der Sache neben der **juris possessio** zuschreiben, und daraus die Interdikten-Befugniß derselben ableiten, so ist dies gewiß irrig, wie schon aus den obigen Erörterungen über die **possessio** des Emphyteuta hervorgeht; vgl. auch l. 6. §. 2. **de precario** (43, 26): **et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in praedio** *et tamen non possident*; vgl. auch l. 10. §. **ult. de adqu. rer. dom.** (41, 1), l. 1. §. 8. l. 52. **pr. de poss.** Die Frage hat besonders darum praktisches Interesse, weil, wenn ein abgeleiteter Sachbesitz angenommen werden dürfte, dem Proprietar selbst das

Recht zu possessorischen Interdikten abzusprechen wäre, was sich der richtigern Ansicht nach umgekehrt verhält. Vgl. auch Savigny 6te Aufl. S. LIX. fgg.

β) Nicht Wenige (vgl. z. B. *de Schröter* **obss. jur. civ.** p. 80 sqq., Thibaut, Syst. §. 208. und in Braun's Erörtr. S. 294, Schweppe, Hdb. II. S. 13, Wening, Lehrb. §. 109.) stellen auch noch den allgemeinen Satz auf, der juristische Besitzer könne vermöge besonderer Uebereinkunft die **possessio** auf jeden anderen, z. B. auch den Miethsmann, Depositar u. s. w. übertragen, und zwar beruft man sich dafür auf den allgemeinen Grundsatz des röm. Rechts, daß im Zweifel jedes Recht übertragbar sei, ein Prinzip, welches für unsern Fall noch besonders durch die einzelnen gesetzlichen Anwendungen, namentlich bei dem Sequester und dem Empfänger eines Prekarium bewiesen werde. Von jeher aber hat sich v. Savigny gegen diese Theorie erklärt, indem er vielmehr annimmt, man dürfe einen abgeleiteten Besitz durchaus nur in den bestimmten gesetzlichen Fällen annehmen, weil jeder solcher Besitz ein nicht auszudehnendes **singulare** sei; und gewiß muß man dieser Meinung beistimmen, denn wenn die Gegner sich auf die allgemeine Regel von der Uebertragbarkeit der Rechte berufen, so übersehen sie, daß ein Recht nur insofern übertragen werden kann, als auch die faktischen Voraussetzungen desselben mit übertragen werden. Die Voraussetzungen des InterdiktenRechts sind aber Detention und **animus domini**, und es kann also von einer Uebertragung jenes Rechts nur bei einem Eigenthum übertragenden Geschäfte die Rede sein. Wenn also die Gesetze auch in anderen Fällen, wo der neue Detentor diesen **animus rem sibi habendi** nicht erhalten hat, doch eine Uebertragung des Interdikten-Besitzes annehmen, so muß dies allerdings als eine Singularität erscheinen, welche keine analoge Ausdehnung zuläßt, vgl. auch Bruns S. 10 fgg.

3) In den bisher betrachteten Fällen des abgeleiteten Besitzes ist soviel gewiß, daß der Eigenthumsbesitzer (der Pfandschuldner, der **dominus emphyteuseos** u. s. w.) das Interdikten-Recht verloren hat, indem dasselbe ausschließlich dem Pfandgläubiger, Emphyteuta u. s. w. zusteht, wovon nur die eine auf singulären Gründen beruhende Ausnahme bei der Superfizies vorkommt, **l. 3. §. 7. uti possidetis** (s. oben), und wenn Hagen über den gleichzeitigen Besitz des **precario rogans** und des **rogatus**, Hamm 1840 besonders wegen **l. 15. §. 4. de precar.** (43, 26) auch für den Geber eines Prekarium die Fortdauer einer **possessio ad interdicta** annimmt, so widerlegt sich dies, abgesehen von allgemeinen Gründen schon hinreichend dadurch, daß demselben vielmehr ein **interdictum** ***recuperandae*** **possessionis** zusteht, welches nicht

etwa, wie Hagen S. 26 fgg. irrig annimmt, erst durch den Widerruf, sondern sogleich mit der Entstehung des Prekarium begründet wird, vgl. unten §. 691 Anm., und die l. 15. §. 4. cit. muß daher gewiß im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Usukapionsbesitz des precario dans beschränkt werden (s. unten lit. c.). — Was nun noch den Usukapionsbesitz in den Fällen des abgeleiteten Besitzes anbelangt, so haben wir

a) in Betreff des Pfandschuldners die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, daß derselbe, trotz des Interdikten-Besitzes des Pfandgläubigers, doch noch ad usucapionem besitze, indem in dieser Beziehung der Pfandgläubiger einen blos prokuratorischen Besitz hat, l. 1. §. 15, l. 30. de poss., l. 17. de usurp. (41, 3), l. 29. de pign. act. (13. 7), Savigny §. 24, Sintenis in der angef. Abh. S. 415 fgg.

b) Ganz dasselbe Verhältniß muß wohl ohne Zweifel auch bei der Emphyteuse und bei der Superfizies eintreten, obwohl es hierbei an speziellen gesetzlichen Beispielen fehlt.

c) Was das Prekarium anbelangt, so geht die herrschende Lehre dahin, daß der precario dans auch den Usukapionsbesitz verliere, und ihm nur dadurch geholfen werde, daß ihm nach dem Widerruf des Prekarium der Besitz des Prezisten zugerechnet werde, und man beruft sich dafür auf l. 13. §. 7. de poss.:

Ulp. „Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur".

Offenbar hat aber Ulpian in der ganzen l. 13. von der accessio possessionis gar nicht in Beziehung auf usucapio, sondern lediglich in Beziehung auf das interdictum utrubi geredet, und dies geht, was insbesondre den §. 7. cit. anbelangt, auch schon daraus hervor, daß ja der precario accipiens gar nicht ad usucapionem besitzt, und also sein Besitz unmöglich dem Usukapionsbesitz des precario dans accediren kann, und dieser Umstand scheint mir so entscheidend, daß man dieser Stelle auch im Justinianischen Rechte keine Beziehung auf die usucapio geben darf, wozu wir um so mehr berechtigt sind, da ganz dasselbe auch noch bei einigen andren §§en der l. 13. cit. angenommen werden muß, vgl. §. 322. Anm. 2, u. s. auch Denzinger die accessio possess. S. 108 fgg. Muß man aber anerkennen, daß die l. 13. §. 7. cit. gar keinen Bezug auf den Usukapionsbesitz hat, so ist es gewiß das einzig Natürliche, bei dem Prekarium, gerade wie bei dem Faustpfande, anzunehmen,

daß der Usukapionsbesitz des **precario dans**, ungeachtet des Interdiktenbesitzes des Empfängers, ununterbrochen fortdauere, und dafür spricht denn auch sehr bestimmt die **l. 15. §. 4. de precar.** (43, 26):

> *Pompon.* „**Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione**“.

Die jetzt gewöhnliche Ansicht, daß man diese **l. 15.** als durch **l. 3. §. 5. de poss.** aufgehoben ansehen müsse, und dieselbe nur irrthümlich in die Pandekten rezipirt sei, vgl. z. B. Statt Aller Savigny S. 197 fgg., Schmidt Kommodat. und Prekar. S. 71 fgg., erscheint mir schon wegen der sehr entschiedenen Fassung dieser Stelle, als eine äußerst gewagte. Insoweit, aber auch nur insoweit, stimme ich mit Hagen in der oben angef. Abh. überein, während ich, wie ich schon oben andeutete, seinen weitergehenden Behauptungen nicht beitreten kann, und am Wenigsten seiner ganz mißlungenen Interpretation der **l. 13. §. 7. cit.**, vgl. dessen Abh. S. 30 fgg., und s. dagegen auch Schmidt a. a. O. S. 91 fgg.

d) Was endlich den Sequester anbelangt, so kann nach dem bestimmten Ausspruche Julian's dann, wenn der juristische Besitz auf denselben übergeht, weder von einem Fortlauf der Usukapion für eine der streitenden Partheien, noch auch später von einer **accessio possessionis** für den Sieger die Rede sein, **l. 39. de poss.**

> *Julian.* „**Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res, nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum,** ***ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet;*** **at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat**“,

vgl. auch **l. 17. fin. depos. (16, 3)**: „**id enim agitur ea depositione,** ***ut neutrius possessioni id tempus procedat***“. Wenn deßungeachtet Denzinger a. a. O. S. 112 fgg. eine **accessio possessionis** für den Sieger statuiren will, so ist dies um so unbegreiflicher, da in der That eine solche **accessio** auch aus dem innern Grunde unmöglich ist, weil der Sequester selbst keinen Usukapions-Besitz hat.

Anm. 2. Ueber die Ausschließlichkeit des Besitzes vgl. besonders **l. 3. §. 5. de poss.** (*Paul.*): — — **plures eandem rem in**

solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat; quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Cf. *Ulp.* in l. 5. §. 15. commodati. Damit steht auch nicht im Widerstreit Ulpian in l. 3. pr. uti possidetis (43, 17): „Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam, ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vinceretur, nam et tu possides et ego“, wenn man nur die hypothetische Fassung dieser Stelle beachtet. Vgl. aber auch Pompon. in l. 15. §. 4. de precario (43, 26) und überhaupt Savigny §. 11.

---

4) Von den Objekten des Besitzes. §. 201.

1) *Paul.* l. 3. pr. de poss.: Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

2) *Idem.* l. 30. §. 1. eod.: Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus: sicut hominem liberum.

II. Vom Erwerb des Besitzes.

Einleitung. §. 202.

Paul. l. 3. §. 1. de poss.: Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.

1) Apprehension. §. 203.

1) *Paul.* l. 3. §. 1. de poss.: Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non

utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere·

2) *Idem*. l. 1. §. 21. eod.: Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si numos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.

3) *Papinian*. l. 74. de contr. emt. (18, 1): Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea tradita sunt; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea; quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.

4) *Sever*. et *Antonin*. l. 1. C. de donat. (8, 53): Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

5) *Cels*. l. 18. §. 2. de poss.: Si venditorem, quae emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat; non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. Cf. l. 79. de solut.: — — et quoddammodo manu longa tradita existimanda est.

6) *Gai*. l. 5. §. 1. de adq. rer. dom. (41, 1): Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis. — — Plerique non aliter putaverunt,

eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

7) *Paul.* l. 3. §. 3. de poss.: Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio.

2) Animus. §. 204.

Anm. 1. Was den Einfluß des Alters auf den animus anbelangt, so fragt es sich hier:

1) ob der *infans* zum Besitzerwerb fähig sei? (vgl. Savigny Besitz §. 21. S. 284 fgg., Syst. III. S. 49 fgg, Puchta im Rhein. Mus. V. S. 33 fgg., Vorles. I. S. 438 fgg., Denzinger im ziv. Arch. XXXI. S. 268 fgg. S. 425 fgg.). Hierbei kommt es vornämlich auf die Interpretation von zwei vielbesprochenen Stellen an:

a) *Paul.* l. 32. §. 2. de poss.: **Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris, utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.**

Der wesentliche Inhalt ist klar: „es sei **utilitatis causa** rezipirt worden, daß der **infans tutore auctore** Besitz ergreifen könne", was allerdings singulär ist, indem sonst von einer **auctoritas tutoris** nur bei **infantia majores** die Rede ist, §. 10. J. de inutil. stipul. (3, 19), l. 1. §. 2. de adm. tut. (26, 7), l. 5. de R. J. Puchta im Rhein. Mus. V. S. 36 fgg. erklärt dies so: „man müsse zwischen Kindern unterscheiden, denen noch gar kein Willen, und solchen, denen nur nicht der feste, auf ein

dauerndes Verhältniß gerichtete, wie er zum Besitzerwerb erforderlich sei, zugeschrieben werden könne. Von den ersteren sei hier gar keine Rede; bei den anderen aber könne die noch mangelnde Eigenschaft des Willens, nämlich die feste Richtung desselben, durch den Einfluß des Tutor gegeben werden, indem dadurch das Kind nicht blos zum Nehmen, sondern auch zum Behalten bestimmt, und also wirklich das **judicium infantis** supplirt werde". Ich halte diese Erklärung für ungenügend, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil hier eine Unterscheidung in die Quellen hineingetragen wird, die ihnen fremd ist. Nirgends und namentlich auch nicht in unserer Stelle wird in Betreff der Willensfähigkeit zwischen ganz unreifen und etwas gereifteren Kindern unterschieden, sondern allen **infantes** ohne Unterschied wird die Willensfähigkeit (**judicium, intellectus**) ganz abgesprochen, und von einer Vervollständigung eines juristisch gar nicht vorhandenen Willens kann also keine Rede sein. Die Worte unserer Stelle: **nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris** stehen dem auch nicht entgegen, denn sie sagen nur: das mangelnde **judicium infantis** wird ersetzt durch die Auktoritas des Vormunds, wie dies auch schon durch die folgenden Worte: ***nullus* sensus est inf. a. p.** hinlänglich dargethan wird. Gewiß richtiger ist daher die andere, namentlich auch von Savigny gebilligte Erklärung, daß man **arg. l. 1. §. 21. de poss.** die ganze Handlung auch so ansehen könne, als ob der Vormund selbst im Namen des Kindes Besitz ergriffen habe; denn daß eine solche Vertretung des Kindes durch den Tutor auch in Betreff des Besitzerwerbs rechtlich statthaft war, kann, ohnerachtet der Gegenbemerkungen von Denzinger S. 271 fgg. nicht wohl bezweifelt werden; vgl. **l. 13. §. 1. de acqu. rer. dom. (41, 1), l. 1. §. 20. de poss., l. 11. §. 6. de pign. act. (13, 7), l. 3. fin. C. de poss. (7, 32)**. — Schwierigkeit aber haben in unserer Stelle die Worte gemacht: **nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem**, wie die **Flor.** und die bei weitem meisten anderen Mss. lesen. Die früher gewöhnliche, schon vor der Glosse aufgestellte Erklärung ging dahin, daß **alioquin** soviel heiße als: **sine tutoris auctoritate.** Da aber diese Erklärung den sehr natürlichen Einwand zuläßt, daß ja auch dann, wenn der Tutor **auctoritatem** interponirt, kein **animus possidendi** des Kindes vorhanden ist, so verwarf Savigny jene ganze Lesart, und setzte aus mehreren zerstreuten Mss. die andere zusammen: **nam alioquin nullus *con*sensus infantis est accipien*ti* [sc. tutori] possessionem**, in welchen Worten dann der Grund der Singularität dahin angegeben wäre: man habe die **auctoritas** des Vormunds, ungeachtet des mangelnden **consensus infantis,**

utilitatis causa darum zugelassen: „weil ja auch in dem anderen Falle, wenn der Tutor allein den Besitz für das Kind erwerbe, kein consensus des Kindes vorhanden sei". Abgesehen aber von der nicht abzuleugnenden Willkür dieser Lesart ist auch die ganze Meinung von Savigny so künstlich gesucht, daß man ihr nur im höchsten Nothfalle beistimmen könnte. Dieser ist aber wirklich gar nicht vorhanden, denn auch die Florentinische Lesart giebt den sehr passenden Sinn, daß in den ausgezogenen Worten die Singularität der recepta sententia noch näher hervorgehoben werden soll. Der Jurist sagt hiernach nämlich: man hat dies utilitatis causa angenommen, „denn sonst freilich (d. h. abgesehen von diesem utilitatis causa receptum, also „eigentlich") hat der infans keinen animus accipiendi possessionem". Vgl. Puchta a. a. O.

b) *Decius* l. 3. C. de poss. (7, 32): Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Dieses Reskript ist noch bedeutender, als die vorher besprochene Pandektenstelle, weil hier über den Hauptinhalt selbst gestritten wird. Viele haben nämlich darauf den Satz gebaut, ein infans könne überhaupt auch ohne den Tutor Besitz erwerben, was von Anderen auf Tradition, von noch Anderen auf schenkweise Tradition, und wieder von Anderen auf schenkweise Tradition von Spielsachen, Süßigkeiten u. dgk. beschränkt wird, vgl. über die verschiedenen Meinungen v. Savigny a. a. O. Auch die beiden neuesten ausführlichen Bearbeiter dieser Lehre, Puchta und Denzinger leiten aus diesem Reskripte die Möglichkeit ab, daß ein Kind ohne alle Mitwirkung des Tutor Besitz erwerben könne. Denzinger nämlich a. a. O. S. 425 fgg. vertheidigt den Satz, daß bei einer schenkweisen Tradition keine auctoritas tutoris nöthig sei, und es werden dafür, außer dem Wortlaut des Reskripts, der freilich für diese Ansicht sehr günstig ist, mancherlei Billigkeitsgründe angeführt, die jedoch schwerlich Jemanden überzeugen dürften. Puchta dagegen stimmt der Ansicht bei, daß nach l. 3. cit. das Kind durch eine jede Tradition, auch wenn dieselbe nicht in Folge einer Schenkung geschieht, selbst ohne tutoris auctoritas Besitz erwerben könne, weil in einem solchen Falle durch den Tradenten, wie sonst durch den Tutor der unvollständige animus des infans seine feste Richtung erhalte. Was aber schon

vorher bei lit. a.) gegen Puchta erinnert wurde, steht auch seiner Interpretation der l. 3. entgegen; ja, wollte man selbst zugeben, daß ein unvollständiger Wille des **infans** durch **tutoris auctoritas** gleichsam befestigt und also vervollständigt werden könne, so ist doch kaum einzusehen, wie der Einwirkung des Tradenten regelmäßig eine gleiche Wirkung zugestanden werden könne, und wenn dies wäre, warum soll denn nicht auch ein **infans**, dem ein Anderer ermunternd und anweisend zur Seite stände, durch Okkupation Besitz erwerben können? Ueberdies aber scheitert Puchta's Erklärung auch an dem Ausdruck der l. 3.: *corpore* **quaeritur**, denn seiner Ansicht nach hat ja das Kind durch das Zureden des Tradenten den nöthigen **animus possidendi** erlangt, und es sind also in seiner Person die beiden Requisite, **corpus** und **animus**, vereinigt. — Allen diesen Erklärungen steht die Meinung gegenüber, es müsse die l. 3. in Gemäßheit der l. 32. §. 2. **de poss.** erklärt, und hier also durchaus die ***auctoritas tutoris*** subintelligirt werden; und in der That hat diese Ansicht soviel innere und äußere Gründe für sich, daß ich ganz der Aeußerung Savigny's beistimme, daß nach der vortrefflichen Entwickelung derselben von Donellus, **comm. jur. civ. V. c. 11.** eigentlich aller Streit seitdem als geendigt hätte betrachtet werden sollen. Ich mache hier nur auf die Endworte: **alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri**, aufmerksam, die gewiß für die richtige Ansicht entscheidend sind, wenn man nur bedenkt, daß durch das *per tutorem* das Alleinhandeln des Tutor im Gegensatze der **auctoritatis interpositio** ausgedrückt wird, s. auch l. 1. §. 20. **de poss.** Daß freilich das **responsum** von Papinian, dessen Dezius erwähnt, gerade die vorher erörterte l. 32. §. 2. **de poss.** sei, wie Savigny annimmt, ist wohl irrig, denn nicht nur, daß in allen bekannten Handschriften und den Basiliken dies Fragment dem Paulus zugeschrieben wird, wogegen die unverbürgte Angabe von Alciat nicht in Betracht kommen kann: so ist auch die ganze Konjektur von Savigny darauf basirt, daß das Ende jener Stelle nach seinem Vorschlag gelesen werden müsse.

2) Wenn aber die Jahre der **infantia** schon überschritten sind, so soll nach Savigny a. a. O. noch erst die individuelle Reife des Pupillen untersucht werden, um darnach zu bestimmen, ob derselbe auch ohne **tutoris auctoritas** Besitz erwerben könne. Ohne alle Unterscheidung ist aber in mehreren Stellen der Satz ausgesprochen, daß der **pupillus infantia major** auch ohne **tutoris auctoritas** Besitz erwerben könne, und namentlich heißt es in l. 32. §. 2. **de poss.** unmittelbar nach den oben ausgezogenen Worten: **Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate pos-**

sessionem nancisci potest; vgl. auch **l. 9. pr. de auct. et cons. tutor.** (26, 8) und **arg. §. 10. J. de inutil. stipul.** (3, 19) (woraus erhellt, daß sogar bei dem Erwerb durch Obligatio der **infantiae proximus** nicht schlechter daran sein soll, als der **pubertati proximus**). Die von Savigny für sich angeführte **l. 26. C. de donat.** (8, 54):

> „**Si quis in emancipatum minorem, prius quam fari possit** ***aut habere rei quae sibi donatur affectum,*** **fundum crediderit conferendum, omne jus compleat instrumentis ante praemissis. Quod jus per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, ut per eum infanti acquiratur**“,

beweist auch nichts dagegen, denn die, von Savigny freilich ausgelassenen Schlußworte: **ut p. e.** ***infanti*** **acquiratur** bezeugen bestimmt genug, daß hier gar nicht von **infantia majores**, sondern eben nur von **infantes** die Rede ist; und eben so wenig läßt sich für Savigny's Meinung die **l. 1. §. 3. de poss.** anführen, denn auch hier können völlig ungezwungen die Worte: **si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant**, als ein umschreibender Ausdruck für jeden **infantia major** aufgefaßt werden.

Anm. 2. In Betreff der interessanten Frage: ob und inwieweit der Besitzer einer zusammengesetzten Sache auch als Besitzer eines einzelnen Bestandtheils angesehen werden könne? sind die Ansichten unsrer Juristen auch noch h. z. T. sehr verschieden:

Savigny §. 22. geht davon aus: wer den Besitz eines Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich, und so kann also z. B. wer einen Wagen in Besitz nimmt, das gestohlene Rad mit usukapiren, wenn der Usukapion des Wagens nichts entgegensteht, und umgekehrt fällt auch die Usukapion des Rades weg, wenn der Wagen als Ganzes nicht ersessen werden kann. Eine andere Folge hiervon ist, daß, wenn vor vollendeter Usukapion des Ganzen ein Theil getrennt wird, hieran ein neuer Besitz und eine neue Usukapion anfangen muß, während, wenn die Trennung erst nach vollendeter Usukapion des Ganzen erfolgt, zwar ebenfalls ein neuer Besitz an dem getrennten Theile vorkommt, aber eine neue Usukapion nicht nöthig wird, weil das durch die Usukapion erworbene Eigenthum durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben wird. Von diesem letzteren Satz kommt nur eine Ausnahme bei Baumaterialien vor, indem hier, wenn das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehören, die vollendete Usukapion des Hauses nicht auch einen Eigenthums-Erwerb der Balken, Steine und dergl. herbeiführt,

wovon der Grund in dem bekannten Prinzip liegt, daß der Eigenthümer nicht auf die Trennung seiner mit einem fremden Gebäude verbundenen Baumaterialien klagen kann. — In der Anwendung der bisher entwickelten Regel unterscheidet sich aber der Erwerb des Besitzes von dem Verluste desselben, denn wenn der Besitz einer Sache einmal angefangen hat, so wird derselbe dadurch nicht verloren, daß diese Sache mit anderen Sachen zu einem neuen Ganzen verbunden wird. — Dieser Ansicht folgen im Ganzen auch Madai im civ. Arch. XXV. S. 313 fgg., Windscheid in Sell's Jahrb. I. S. 449 fgg. und Binding im civ. Arch. XXVII. S. 216 fgg., S. 360 fgg.; die beiden Letztren jedoch mit einer allerdings wesentlichen Abweichung in Betreff der mittelbaren Usukapion, indem sie das, was Savigny nur als Ausnahms-Bestimmung für Baumaterialien ansieht, als die eigentliche Regel für alle Arten von zusammengesetzten Sachen auffassen.

Thibaut im civ. Arch. VII. S. 79 fgg., vgl. mit dess. System §. 211. und Braun's Erörtr. S. 302 fgg., stimmt in Beziehung auf den ersten Satz: wer den Besitz eines Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich, ganz mit Savigny überein. Für den zweiten Fall aber, wenn Jemand eine einzelne Sache als solche besessen, und dann eine Verbindung derselben mit einer anderen vorgenommen hat, stellt er den Grundsatz auf: wenn eine Mobilie mit einer anderen Mobilie verbunden wird, so dauert der frühere Besitz unbedingt fort, im Fall aber eine Mobilie mit einer Immobilie verbunden wird, verhält sich dies umgekehrt, es müßten denn blos noch zehn Tage zur Verjährung der Mobilie nöthig gewesen sein, indem in diesem letzteren Falle die Verjährung allerdings trotz der Verbindung fortläuft.

Unterholzner Verjährungsl. I. §. 49. 50. stellt dagegen folgende Sätze auf: Eine unbewegliche Sache werde immer nur als Ganzes, nicht auch in ihren einzelnen Theilen besessen, so daß also stets, wenn eine Trennung erfolge, an dem getrennten Theile neuer Besitz und neue Verjährung anfangen müsse; ja, dies müsse selbst dann geschehen, wenn die Usukapion des Ganzen schon vollendet sei, denn was Savigny blos als Ausnahme für Baumaterialien betrachte, sei vielmehr die allgemeine Regel für alle mit einer Immobilie verbundenen Sachen. Immer werde demnach auch, wenn eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen verbunden werde, der Besitz und die Verjährung der ersteren dadurch unterbrochen. — Umgekehrt aber verhalte es sich bei dem Besitz von Mobilien. Werde nämlich eine bewegliche Sache mit einer anderen Mobilie in Verbindung gebracht, so daure der Besitz und

die Usukapion der einzelnen Sache ungeachtet der Verbindung fort, und auch, wenn man eine zusammengesetzte bewegliche Sache als eine solche zu besitzen angefangen habe, besitze man doch die einzelnen Theile.

Sintenis in einer ausführlichen Abhandlung im ziv. Arch. XX. S. 75 fgg. stimmt in den Resultaten völlig mit Unterholzner überein, und nur die Art der Begründung ist theilweise verschieden; und eben dies ist auch bei Kierulff, Theorie I. S. 375 fgg. der Fall, nur daß dieser in Betreff der mittelbaren Usukapion die Grundsätze von Savigny, und nicht die von Unterholzner adoptirt hat.

Pape in der Gießer Zeitschr. N. F. IV. S. 211 fgg. geht davon aus, daß bei keiner Art von zusammengesetzten Sachen, weder bei beweglichen noch bei unbeweglichen, ein selbstständiger Besitz eines einzelnen Theils angenommen werden könne, und zwar weder dann, wenn man seinen Besitz am Ganzen begonnen, noch auch dann, wenn man vorher die einzelne Sache besessen, und dieselbe dann mit dem Ganzen verbunden habe, von welchem letztren Satze in dem einzigen Falle eine Ausnahme vorkomme, wenn an der Usukapion der vorher einzeln besessenen Sache nur noch zehn Tage fehlten. In Betreff der mittelbaren Usukapion stimmt Pape mit Savigny überein.

Auch Stephan im ziv. Arch. XXXI. S. 373 fgg. will nicht unterscheiden, ob man die zusammengesetzte Sache als Ganzes zu besitzen angefangen, oder ob man vorher die einzelne Sache besessen habe, sondern für beide Fälle gleichmäßig stellt er die Regel auf, daß Besitz und Verjährung des verbundenen Theils immer nur in und mit dem Ganzen möglich sei, es müßte denn dieser Theil auch nach der Verbindung seine volle Selbstständigkeit beibehalten. In Betreff der mittelbaren Usukapion folgt Stephan der Lehre von Unterholzner und Sintenis. —

Nach meinem Dafürhalten ist die Theorie Savigny's, mit der von Windscheid und Binding vertheidigten Modifikation in Betreff der mittelbaren Usukapion, die allein richtige, indem sie nicht nur mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt, sondern auch sehr bestimmte Quellen-Zeugnisse für sich hat. Demgemäß müssen folgende Sätze aufgestellt werden:

1) Wenn Jemand den Besitz einer zusammengesetzten Sache erwirbt, so besitzt er nur die ganze Sache, und einen einzelnen Theil derselben nur in und mit dem Ganzen, nicht aber als etwas Besonderes. Die ausschließliche physische Einwirkung auf einen solchen Theil ist zwar, ungeachtet der Verbindung mit dem Ganzen, vollkommen möglich, und von dieser Seite aus — **quoad** *corpus* —

würde also dem Besitzerwerbe nichts im Wege stehen. Wohl aber muß die Möglichkeit des *animus* **possidendi** geleugnet werden, denn da das Ganze eben nur aus einer Kombination der einzelnen Theile besteht („**ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat**", **l. 30. pr. de usurp.**), und folglich der Begriff des Ganzen von selbst wegfällt, sobald man sich diese Verbindung wegdenkt, und die einzelnen Theile als besondre Sachen auffaßt: so kann neben einem auf das Ganze gerichteten **animus possidendi** unmöglich zugleich ein **animus possidendi** Platz greifen, der auf die einzelnen Theile in ihrer Besonderheit gerichtet wäre. Dieser Grundsatz wird denn auch, zunächst zwar nur für Gebäude, aber doch offenbar mit allgemeiner Geltung, mit großer Schärfe und Bestimmtheit ausgesprochen in **l. 23. pr. de usurp.** (41, 3):

> *Javolen.* „**Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit; accedit eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori; quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, utputa quum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet**". (Ueber die hier angenommene Lesart der letzten Worte, welche nach der **Florent.** „**possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet**" ganz sinnlos sind, vgl. *Schult.* et *Smallenb.* **ad h. l. tom. VI. p. 422,** Savigny S. 307. Note).

Vgl. auch **l. 8. quod vi (43, 24), l. 30. de poss.**

> *Paul.* „**Qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave et de armario**". (Möglicher Weise kann diese Stelle allerdings auch von solchen Sachen verstanden werden, die nur in einem Gebäude, einem Schiffe u. dgl. aufbewahrt werden, und unter dieser Voraussetzung würde sie gar nicht hierher gehören; der Gegensatz: *universas* **aedes** beweis't aber doch wohl bestimmt genug, daß hier vielmehr von einzelnen Bestandtheilen des Hauses oder Schiffes die Rede ist, auf welche der Ausdruck **res** *in aedificio* auch vollkommen paßt, vgl. auch **l. 23. §. 2. de usurp.**).

2) Ganz anders ist der zweite Fall zu beurtheilen, wenn Jemand, der schon im Besitze einer einzelnen Sache war, dieselbe mit einer andren ebenfalls von ihm besessenen Sache verbindet. Hierbei kommen nämlich begreiflich nicht, wie in dem eben bei Nr. 1. besprochenen Falle, die Grundsätze über Besitzerwerb, sondern vielmehr die Prinzipien über Verlust des Besitzes in Betracht, indem hier die Frage nur die sein kann, ob durch eine solche Verbindung der Besitz der einzelnen Sache, welcher vorher unzweifelhaft vorhanden war, verloren gehe oder nicht? Daß nun in einem solchen Falle der Besitz nicht *corpore* verloren wird, kann im Allgemeinen nicht bezweifelt werden, da ja ungeachtet der Verbindung mit einer andren Sache, die ausschließliche physische Einwirkung ganz und gar nicht unmöglich wird. Aber eben so wenig kann auch von einem Besitzverlust *animo* die Rede sein, weil ja bekanntlich zu einem solchen Verluste nicht hinreicht, daß der **animus possidendi** wegfällt, sondern vielmehr dazu ein neuer **animus non possidendi** erforderlich ist (§. 208), ein solcher sich aber keineswegs in der Thatsache der Kombination ausspricht. Nach allgemeinen Grundsätzen muß also gewiß ungeachtet einer solchen Verbindung die Fortdauer des vorher innegehabten Besitzes angenommen werden, und nur dann leidet dies aus begreiflichen Gründen eine Ausnahme, wenn die Verbindung derartig ist, daß die eine Sache ganz in die andre Sache übergeht, und als besondre Sache in derselben verschwindet; denn in diesem Falle ist die eine Sache ganz untergegangen, und aus diesem Grunde dann ein Besitzverlust *corpore* vorhanden. Hiermit stimmen denn auch die Gesetze vollkommen überein, und zwar gehört vor Allem hierher die **l. 30. de usurp.** (41, 3), wo Pomponius **ex professo** die Frage behandelt, inwiefern die Verbindung mehrerer Sachen eine laufende Verjährung unterbreche („**rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur**"). Zu diesem Zwecke unterscheidet er drei Arten von Sachen, einfache, zusammengesetzte, und Begriffsganze (s. oben §. 71), und nachdem er die einfachen, deren Theile in organischem Zusammenhange stehen, kurz beseitigt hat, weil bei ihnen die ganze Frage gar nicht vorkommen könne, handelt er im §. 1. von den zusammengesetzten Sachen, und in §. 2. von den Begriffsganzen. Der §. 1. ist hiernach dazu bestimmt, gerade unsere Frage vollständig zu beantworten, und zwar geschieht dies in folgender Weise:

„**Labeo libris Epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non**

quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum".

Geht man hierbei von der gewiß sehr natürlichen Annahme aus, daß die zehn Tage nicht ein bestimmendes Moment für die Entscheidung bilden, sondern nur beispielsweise angeführt sind, um den Fall einer noch nicht vollendeten Usukapion damit anzudeuten: so ist der unzweideutige Sinn dieser Stelle folgender. „Wenn Jemand eine Mobilie, die er im Usukapionsbesitz hat, vor Vollendung der Usukapion mit einer Immobilie in Verbindung bringt, z. B. Dachziegeln oder Säulen mit einem Hause, so lauft ungeachtet dieser Verbindung die bisherige Usukapion fort, vorausgesetzt natürlich, daß er das Haus besitzt; dasselbe muß auch dann angenommen werden, wenn eine Mobilie mit einer andren Mobilie in Verbindung gebracht wird, z. B. eine Gemme mit einem Ringe, denn auch hier wird der frühere Besitz und die frühere Usukapion sowohl der Gemme, als des Rings, fortgesetzt, da ja, ungeachtet der Verbindung, Keins in dem Andren untergeht, sondern Beides in seiner Integrität bleibt". Hiernach spricht Pomponius genau das aus, was oben als das Ergebniß allgemeiner Grundsätze angenommen worden ist, und diese Uebereinstimmung mit allgemeinen Prinzipien ist kein unerhebliches Moment für die Richtigkeit der hier gegebenen Auslegung. Nur ein Umstand kann nicht ohne Schein gegen dieselbe eingewendet werden, und ist auch wirklich schon öfter gegen dieselbe eingewendet worden, daß nämlich sowohl die **columnae, l. 33. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 41. §. 1. 9. de leg. I, l. 21. §. 2. de legat. III,** als auch die **tegulae, l. 1. §. 1. de tigno juncto (47, 3)** als *tigna* betrachtet werden müßten, daß aber **tigna aedibus juncta** nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts nicht vindizirt werden könnten (§. 300), und daß folglich auch nach der Regel **agere non valenti non currit praescriptio** die Verjährung derselben nothwendig sistirt werden müsse, während nach unsrer Auslegung ein Fortlauf der Verjährung von Pomponius angenommen würde. So scheinbar dieser Einwand ist, so kann ich ihn dennoch nicht für entscheidend halten. Zunächst nämlich dürfte es noch sehr problematisch sein, ob man den Säulen und Dachziegeln allgemein die Qualität von **tigna** im Sinne des 12 Tafelgesetzes beilegen darf, denn daß dies für die **columnae** wenigstens nicht allgemein wahr ist, geht theils aus der Natur der Sache, theils aus **l. 23. §. 1. de usurp. (41, 3)** hervor, und von den **tegulae** wird die juristische Qualität von **tigna** in **l. 1. §. 1. de tigno juncto** nur

mit: **quidam ajunt** behauptet, womit doch gewiß nicht gesagt ist, daß auch gerade Labeo und Pomponius zu diesen **quidam** gehört haben. Selbst wenn man aber auch nothwendig Säulen und Dachziegeln als **tigna** auffassen müßte, und dabei also wirklich die singuläre Vorschrift der 12 Tafeln zur Anwendung käme: so ist doch soviel gewiß, daß Pomponius in unsrer Stelle, wo er die allgemeinen Grundsätze über die Usukapion der Theile einer zusammengesetzten Sache entwickeln will, das singuläre Recht der **tigna** nicht im Auge hat, daß er also jedenfalls in den von ihm gewählten Beispielen von der Qualität der **tigna** absieht, sondern Säulen und Dachziegeln nur als naheliegende Beispiele für Bestandtheile einer **res composita** anführt. Höchstens kann man also zugeben, daß Pomponius seine Beispiele nicht umsichtig genug ausgewählt habe; aber die durch diese Beispiele erläuterte Regel kann dadurch nicht wankend gemacht werden. Gewiß mit Recht hat daher die oben gegebene Auslegung zahlreiche Vertheidiger gefunden, vgl. z. B. Savigny, Madai (der nur die Worte: **quum utrumque maneat integrum** irrig auffaßt), Windscheid, Binding u. A. m. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Interpretationen. So faßt z. B. Thibaut die 10 Tage wirklich als Motiv für die Entscheidung des Pomponius auf (**modicum tempus! l. 21. §. 1. de pec. constit.**), und leitet dann, vermittelst des **argum. a contrario** daraus den Satz ab, daß, wenn eine Mobilie mit einer Immobilie verbunden werde, der Regel nach keine Fortdauer des früheren Besitzes anzunehmen sei; und noch weiter geht Pape a. a. O., der die 10 Tage sogar auch bei der Entscheidung des zweiten Falls, wenn eine Mobilie mit einer Mobilie verbunden wird, subintelligiren will, und auf diesem Wege zu der allgemeinen Regel kommt, daß bei keiner Art von zusammengesetzten Sachen der frühere Besitz fortgesetzt werde. Unterholzner a. a. O. hält sich dagegen durch den ganzen Bau der Stelle für berechtigt, **nihilominus in nihilomagis** umzuändern, und leitet dann in dieser Fassung daraus den Satz ab, daß der Besitz der Mobilie durch Verbindung mit einer Immobilie stets aufgehoben werde. Zu demselben Resultate kommen Sintenis und Kierulff a. a. O., indem sie in dem *nihilominus* nur eine einfache Negation sehen, besonders nach der Auktorität von *Priscian.:* **Nostri quoque frequenter duplici abnegatione uti, ut** *nihilominus* **pro** *non;* und wieder auf einem andren Wege gelangt Stephan a. a. O. zu demselben Ziele, indem er den ersten Theil unsrer Stelle so versteht, daß hier allerdings der Einzelbesitz und die Einzelverjährung negirt, und in den Worten **nihilominus usucapturum, si aedificium possedisset** nur die Verjährung in und mit dem Gebäude

zugelassen werde. Einer besondren Widerlegung dieser theils ganz willkührlichen, theils höchst gezwungenen Auslegungen bedarf es m. E. nicht. — Gegen die hier aus allgemeinen Gründen und aus ungekünstelter Interpretation der l. 30. cit. abgeleitete Ansicht kann auch gewiß nicht die l. 7. §. 1. ad exhib. (10, 4) angeführt werden:

Ulp. „Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, *quamvis tunc* (Vulg. eam) *civiliter non possideas*",

denn Ulpian und Pomponius wollen hier gewiß nicht sagen, wie Viele irrig annehmen, daß durch die Verbindung des Rads mit dem Wagen immer der juristische Besitz des Rads aufhöre, sondern der Sinn der Stelle ist einfach der: wenn Jemand mein Rad mit seinem Wagen verbindet, so kann die actio ad exhibendum angestellt werden, sollte er das Rad auch gar nicht animo domini in Besitz haben.

3) Aus den oben bei Nr. 1. gegebenen Erörtrungen, wornach dann, wenn Jemand eine zusammengesetzte Sache in Besitz nimmt, nicht auch die einzelnen Theile in ihrer Besonderheit besessen werden, geht mit Nothwendigkeit der Folgesatz hervor, daß, wenn nachher eine Trennung eines einzelnen Bestandtheils erfolgt, immer ein neuer Besitz von vorne anfangen muß. Was aber die Usukapion insbesondre anbelangt, so ist soviel ausgemacht, daß, wenn die Trennung erfolgte, ehe die Usukapion der ganzen Sache vollendet war, stets auch eine ganz neue Usukapion an dem getrennten Theile beginnen muß, und so ist also z. B. wenn Jemand ein Haus 9 Jahre und 6 Monate im Usukapions-Besitze hatte, und dann einzelne Theile desselben davon trennt, etwa Fenster, Thüren oder dgl. zwar das Haus in 6 Monaten erworben, aber an den davon ausgeschiedenen Fenstern oder Thüren muß eine neue dreijährige Verjährung anfangen. Wie es sich aber verhalte, wenn ein einzelner Bestandtheil abgelös't wird, nachdem der Besitzer bereits das Eigenthum des Ganzen durch Verjährung erworben hat, ist auch noch h. z. T. sehr streitig, denn während Viele annehmen, daß damit allerdings auch das Eigenthum der einzelnen Theile erworben sei, wovon nur aus singulären Gründen eine Ausnahme bei Baumaterialien vorkomme, vgl. z. B. Savigny, Kierulff, Pape a. d. aa. OO., leugnen dies Andre ganz entschieden, z. B. Unterholzner, Sintenis, Stephan citt., und wieder Andre endlich wollen unterscheiden, ob vor der Verjährung das Ganze und die einzelnen Bestandtheile denselben, oder ob sie verschiedene Eigenthümer hatten, indem sie im erstren Falle die Verjährung des Ganzen auch für den Eigenthums-Erwerb der einzelnen Bestand-

theile wirksam sein lassen, während sich dies im zweiten Falle anders verhalte, vgl. z. B. Windscheid und Binding a. d. aa. OO. Diese letztre Ansicht halte ich für die richtige. Wenn nämlich Unterholzner und Sintenis behaupten, daß die Konsequenz vielmehr zu dem Satze führe, daß die Verjährung des Ganzen sich niemals auf die einzelnen Theile erstrecke, denn wenn man nur das Ganze und nicht auch die einzelnen Theile besitze, so könne man auch nur das Ganze, und nicht auch die einzelnen Theile ersitzen: so ist dies nur ein Scheingrund, denn mit dem Satze, daß man eine **res composita** nur als Ganzes besitze, soll ja nicht der Besitz der einzelnen Theile ganz negirt, sondern es soll damit nur gesagt sein, daß die einzelnen Theile nicht als besondre Sachen besessen werden; in und mit dem Ganzen werden sie allerdings besessen, und insofern ist also allerdings auch eine Verjährung möglich. Aber eben weil hier kein selbstständiger Besitz vorkommt, sondern Besitz und Verjährung nur in und mit dem Ganzen möglich ist, so kann auch der Erfolg lediglich der sein, daß derjenige, welcher durch Verjährung Eigenthümer einer zusammengesetzten Sache geworden ist, auch das Eigenthum eines einzelnen Theils nur so erwirbt, wie wenn er in andrer Weise, etwa durch Tradition, Eigenthümer des Ganzen geworden wäre, und daraus geht dann von selbst hervor, daß die beiden Fälle, wenn vor der Verjährung ein einzelner Bestandtheil und die ganze Sache im Eigenthum eines Einzigen standen, und wenn sie verschiedenen Eigenthümern angehörten, ganz verschieden beurtheilt werden müssen. Im erstren Falle ist nothwendig mit der Usukapion des Ganzen von selbst auch das volle Eigenthum des einzelnen Theils erworben, und wenn jetzt eine Trennung erfolgt, so kann der frühere Eigenthümer eben so wenig den einzelnen getrennten Theil, wie die ganze Sache mit Wirksamkeit vindiziren. Im zweiten Falle aber ist mit der Verjährung des Ganzen nicht auch das Eigenthum des einzelnen Bestandtheils erworben, eben weil dies ein von dem Eigenthum des Ganzen verschiedenes ist, und zu dessen Erwerb also nothwendig ein besondrer Besitz des einzelnen Theils erforderlich gewesen wär. Mit diesen Grundsätzen stimmen denn auch die Gesetze vollkommen überein, denn sowohl Gaius in l. 7. §. 11. **de acqu. rer. dom.** (41, 1), als Paulus in l. 23. §. 7. **de R. V.** (6, 1) entscheiden den Fall, wenn Jemand das Eigenthum eines Hauses durch Usukapion erworben, und dasselbe dann abgebrochen wird, einstimmig dahin, daß der frühere Eigenthümer der dazu verwandten Materialien dieselben jetzt ungeachtet der vollendeten Usukapion unbedenklich vindiziren könne, und wenn Savigny behauptet, daß dies nur eine, aus der bekannten Vorschrift der Zwölftafeln über **tigna juncta** hervorge-

gangene Singularität für Baumaterialien sei, so ist dies gewiß nicht zu billigen, da in beiden Stellen durchaus nicht auf etwas Singuläres hingewiesen, sondern der Grund der Entscheidung lediglich in das Verhältniß der Theile zu dem Ganzen gesetzt wird, l. 23. §. 7. cit.: „nec enim *singula caementa* usucapiuntur, si *domus* per temporis spatium nostra fiat", l. 7. §. 11. cit.: causa dubitationis est, an eo ipso, quod *universitas aedificii* longo tempore capta est, *singulae quoque res*, ex quibus constabat, captae essent? quod non placuit". Beide Stellen reden aber ganz bestimmt nur von dem Falle, wenn der Erbauer des Hauses fremde Materialien dazu verwandt hat (l. 23. §. 7. cit.: „si quis *ex alienis caementis* in solo suo aedificaverit", l. 7. §. 11 cit.: si *id* aedificium" vgl. mit l. 7. §. 10. eod.: „quum in suo loco aliquis *aliena materia* aedificaverit"), wenn also das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehörten; und gewiß müssen also auch auf diesen Fall die Entscheidungen von Gaius und Paulus beschränkt werden. Für den andren Fall, wenn das Ganze und die einzelnen Bestandtheile desselben, vor der Verjährung denselben Eigenthümer hatten, fehlt es meines Wissens an speziellen gesetzlichen Bestimmungen, aber wir bedürfen derselben auch nicht, da hier m. E. mit innerer Nothwendigkeit der Eigenthums-Erwerb des Ganzen immer auch den Erwerb der einzelnen Theile mit sich führt, einerlei ob durch Usukapion oder in irgend einer andren Weise der Erwerb geschehen ist. — Wenn übrigens in dem Obigen gegen Savigny behauptet worden ist, daß in Betreff der mittelbaren Usukapion die Baumaterialien nicht unter besondren Grundsätzen stehen, sondern dabei lediglich die allgemeinen Prinzipien über Verjährung zusammengesetzter Sachen Platz greifen: so soll damit doch nicht gesagt sein, daß die Bestimmung der Zwölftafeln über **tigna aedibus juncta** ganz ohne Einfluß auf die Usukapion sei. Wenn nämlich Jemand den Usukapionsbesitz einzelner fremder **tigna** hat, und dieselben vor vollendeter Usukapion mit einem Gebäude verbindet, so müßte ohne jene Bestimmung der Zwölftafeln die Usukapion derselben trotz der Verbindung nach den bei Nr. 2. entwickelten Grundsätzen fortlaufen; weil aber die Zwölftafeln in diesem Falle die **actio ad exhibendum** und die **rei vindicatio** verbieten, so muß allerdings singulärer Weise, so lange die Verbindung dauert, die Verjährung sistirt werden. Wenn Windscheid a. a. O. S. 469 auch dieses leugnet, und also auch in dieser Beziehung die Baumaterialien unter die allgemeinen Grundsätze stellen will, so geht er hierin offenbar zu weit.

Anm. 3. Ueber die Rechtsregel *nemo sibi causam possessionis mu-*

tare potest, vgl. l. 1. §. 2. pro donato (41, 6), l. 5. C. de poss. (7, 32). l. 23. C. de loc. et cond. (4, 65) — l. 3. §. 19. 20, l. 18. pr., l. 19. §. 1. de poss., l. 10. f. si pars heredit. petat. (5, 4), l. 33. §. 1. de usurp. (41, 3), l. 2. §. 21. pro emt. (41, 4), l. 6. §. 3, l. 22. pr. de precar. (43, 26). — Savigny §. 7, Gans, Scholien zu Gaius S. 265 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 160, Thon im Rhein. Mus. IV. S. 99 fgg., Gesterding, Nachforsch., Th. V. Abth. 2. S. 55 fgg.

---

3) Erwerb durch Stellvertreter. §. 205.

Paul. rec. sent. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, *corpore vel nostro vel alieno.*

Anm. Regel ist es, daß wir dann Besitz durch einen Stellvertreter erwerben können, wenn derselbe die Absicht hat, für uns zu erwerben, l. 1. §. 19. 20. de poss. Wie aber, wenn Jemand meinem Stellvertreter etwas für mich tradirt, der Stellvertreter aber für sich erwerben will? Sehr bestimmt entscheidet Ulpian in l. 13. de donat. (39, 5) diesen Fall dahin: nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. In l. 37. §. 6. de adqu, dom. (41, 1) sagt freilich Julian von ganz demselben Fall: nihil agetur, und es ist allerdings das Wahrscheinlichste, diese Entscheidung im Sinn des Konzipienten als widerstreitend mit dem Ausspruch der l. 13. anzunehmen; aber im Sinne der Kompilatoren läßt sich recht wohl eine Vereinigung statuiren, indem man die letztere Stelle durch die erstere supplirt, und bei dem nihil agetur hinzudenkt: ex mente procuratoris, was jetzt besonders nach v. Savigny's (§. 26) Auktorität auch ziemlich allgemein angenommen wird. Die ebenfalls noch hierher gezogene l. 59. de adqu. dom. gehört aber gar nicht hierher, indem hier das Mandat darauf gerichtet war, daß ein Prokurator die Sache in eigenem Namen erwerben, und dann auf den Mandans übertragen solle; und in l. 43. §. 1. de furt. (47, 2) ist von einem falsus procurator die Rede, also von einem Falle, wo es an aller Repräsentation mangelt, v. Savigny a. a. O. — Von dem anderen Falle, wenn ein freier Stellvertreter das, was ihm für den Einen gegeben wird, für einen Anderen erwerben will, reden unsere

Gesetze nicht besonders, und Thibaut in Braun's Erörtr. S. 309 will daher wegen der faktischen Natur des Besitzes, daß der Erwerb dem Dritten zufalle, während Hufeland Civilr. §. 727. annimmt, der ganze Akt sei nichtig. Aber gewiß mit Recht entscheidet v. Savigny a. a. O. diesen Fall analog mit dem vorigen dahin, daß derjenige den Erwerb mache, welchen der Tradent im Sinne habe.

III. Von dem Verlust des Besitzes.

Einleitung. §. 206.

Paul. l. 153. de R. J.: Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. — L. 8. de poss. — v. Savigny §. 30.

1) Verlust durch äußere Begebenheit. §. 207.

1) *Paul.* l. 3. §. 13. de poss.: Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, i. e. [al.: idem] quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possimus; nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur, dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

2) *Idem.* l. 3. §. 7. 8. eod.: Si animo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. (§. 8). Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

3) *Papinian.* l. 44. f., l. 46. eod.: Saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, quamvis alius proposito possidendi fuerit ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret;

ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet: ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

Anm. 1. Es ist ein bemerkenswerther Satz des römischen Rechts, daß, wenn sich Jemand während der Abwesenheit des Besitzers einer Immobilie bemächtigt, nicht dadurch sogleich der Besitz verloren geht, sondern erst dann, wenn diese Thatsache zur Kunde des Besitzers kommt. Macht dieser nämlich nun einen Versuch zur Wiedererlangung des Besitzes, und dieser gelingt, so hat er in keinem Augenblicke den Besitz verloren; wird er aber zurückgeschlagen, so ist er nun als **vi dejectus** zu betrachten, und beruhigt er sich überhaupt, etwa in der Absicht, den Rechtsweg einzuschlagen, oder aus Furcht, so hat er nun erst den Besitz **animo** eingebüßt, vgl. T. 2. 3. und dazu noch **l. 6. §. 1, l. 7, l. 25. §. 2. de poss.** — Aus diesen Sätzen leitet man nun ganz allgemein das Prinzip ab, daß Kinder und Wahnsinnige den Besitz einer Immobilie durch die Handlung eines Anderen gar nicht verlieren können, selbst dann nicht, wenn sie wirklich körperlich dejicirt wären; denn solche Personen seien stets als Abwesende zu behandeln, in deren Bewußtsein jene Thatsache nie kommen könne, weil ihnen die Fähigkeit des Bewußtseins ganz abgehe, vgl. z. B. v. Savigny §. 32. S. 420, Schweppe, Hdb. II. S. 38, Löbenstern in Gießer Zeitschr. IX. S. 394 u. f. w. Ich halte diese Folgerung für irrig. Der Satz des röm. Rechts nämlich, daß zur Okkupation einer Immobilie noch das Bewußtsein des Besitzers hinzukommen müsse, wird in den Gesetzen ganz bestimmt auf den Fall beschränkt, **si quis *solo animo* fundum possidet**, wenn es also an aller körperlichen Gegenwart fehlt, vgl. die angef. Gesetze, und besonders beweisend in dieser Beziehung ist die Argumentation Papinians in **l. 46. de poss.: ut enim rel.** Wird also ein Kind oder ein Wahnsinniger wirklich körperlich dejizirt, so ist, da es für einen solchen Fall nicht auf das Bewußtsein ankommt, allerdings Besitzverlust anzunehmen, und nur dann, wenn sich Jemand in Abwesenheit des wahnsinnigen Besitzers des Grundstücks bemächtigt, kann von einem Besitzverlust keine Rede sein. Gerade zu diesem Resultate führen auch die speziell unseren Fall berührenden Gesetze, nämlich **l. 27. de poss.**:

Si is, *qui animo possessionem saltus retineret*, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem

amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere;

und l. 29. cod.:

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, *sed ut corpore desinat possidere*, quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest.

Anm. 2. Ob derjenige, welcher aus Furcht vor Entsetzung seinen Besitz verlassen hat, seinen Besitz verloren habe, oder nicht? ist eine Frage, über die man früher wegen einiger angeblich widerstreitender Stellen nicht ganz einig war. Hufeland in seiner neuen Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 156 fgg., machte darauf aufmerksam, daß jene Gesetze durchaus nicht diese Frage, sondern die davon wesentlich verschiedene betreffen, ob der Verlassende in einem solchen Fall als **vi dejectus** gelte, und ob ihm also das **interdictum unde vi** gebühre, oder nicht? Darüber, daß der Besitz wirklich verloren gieng, war unter den römischen Juristen kein Zweifel, und konnte es auch wohl nach den Grundsätzen über den Besitzverlust durch **animus** nicht sein. In Betreff jenes anderen Punktes aber waren allerdings verschiedene Meinungen aufgestellt, indem manche Juristen nur dann eine **dejectio** annehmen wollten, wenn wirklich **vis corporalis** angewendet war, Andere aber umgekehrt schon dann das Interdikt gestatteten, wenn der Besitzer aus gegründeter Furcht vor gegenwärtiger Gefahr entflohen war, und wieder Andere endlich die Mittelmeinung vertheidigten, daß im letztern Falle, um das Interdikt anstellen zu können, noch wirkliche Besitzergreifung des verlassenen Grundstücks von Seiten dessen, der die Furcht veranlaßt habe, hinzukommen müsse. Vgl. ***Ulpian*** in **l. 1. §. 29. de vi:**

Idem *Labeo* ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed *Pomponius* ait, vim sine corporali vi locum non habere. *Ego* etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.

Die letzte Meinung ist dieser Stelle nach als die im Korp. jur. rezipirte zu betrachten, vgl. ***Ulp.*** **l. 3. §. 6. 7. de vi** und ***Paul.*** **rec. sent. V. 6. §. 4.** Zwar hat sich allerdings auch noch ein anderes Fragment eingeschlichen, nämlich **l. 33. §. 2. de usurp.**, in welchem Julian die in **l. 1. §. 29. cit.** verworfene Meinung des Labeo vertheidigt, aber daß die letztere Stelle als entscheidend gelten muß, geht schon daraus hervor, daß in ihr unsere Frage **ex professo** und mit bestimmter Verwerfung der abweichenden An-

sichten beantwortet ist, während die l. 33 cit. dieselbe nur **incidenter** bei Gelegenheit einer ganz anderen Frage (nämlich über das Usukapions-Verbot der **res vi possessae**) berührt wird, und auch ihre Stellung in den Pandekten — in der Lehre von der Usukapion —, so ist, daß man hier nicht eine Entscheidung der Kompilatoren über eine Streitfrage bei dem **interdictum unde vi** zu suchen berechtigt ist. — In Betreff einer anderen, hierher gehörigen Frage, nämlich über die Zuständigkeit der **actio quod metus causa**, waren dagegen die römischen Juristen einstimmig der Meinung, daß schon das blose Verlassen des Besitzes wegen wirklich begründeter naher Gefahr hinreiche, und namentlich geht aus **l. 9. pr. quod met.** die Uebereinstimmung in dieser Beziehung zwischen Labeo, Pomponius und Ulpian hervor. Wenn v. Savigny §. 31. S. 405 daraus folgert, daß überhaupt in Betreff unserer Frage keine Meinungs-Verschiedenheit zwischen diesen Juristen Statt gefunden habe, und wenn er demgemäß in der abgedruckten **l. 1. §. 29. de vi** statt: *Ego etiam* **eum** auf die Autorität einiger Mss. liest: *ergo* **etiam rel.**, so ist dies nach dem Vorhergehenden gewiß nicht zu billigen. Das Resultat also ist: wer aus Furcht ein Grundstück verläßt, der hat nach der einstimmigen Meinung der römischen Juristen stets den Besitz verloren, mag übrigens die Furcht gegründet oder ungegründet gewesen sein. Damit er aber die **actio quod metus causa** habe, muß die Furcht nothwendig eine gegründete vor unmittelbar drohender Gefahr gewesen sein. Will er sich aber überdies des **interdict. unde vi** bedienen, so muß nach der in Justinian's Kompilation rezipirten Meinung noch hinzukommen, daß der Drohende auch wirklich das verlassene Grundstück okkupirt hat. Vgl. besonders Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Untersuchungen. S. 134 fgg.

---

2) Verlust durch animus. §. 208.

1) *Paul.* l. 3. §. 6. de poss.: In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest.

2) *Ulp.* l. 12. §. 1. eod.: Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti

possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

3) L. 27. und l. 29. de poss. (vgl. §. 207. Anm. 1. a. E.):

3) Besitz-Verlust im Fall der Stellvertretung §. 209.

Justinian. l. 12. C. de poss. (7, 32): Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subjugetur, omni jactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est.

Anm. Hier ist besonders der Fall hervorzuheben, wenn der Stellvertreter, ohne selbst Besitz erwerben zu wollen, treulos verfährt. Man unterscheide:

1) Der Stellvertreter hat den ihm anvertrauten Besitz aufgegeben. Dies war unter den römischen Juristen bestritten, denn während z. B. Proculus in l. 31. de dolo (4, 3):

> Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, *possessio non amittitur*,

Paulus in l. 3. §. 8. de poss.:

> Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, *animo retinebo possessionem*,

und Papinian in l. 44. §. 2. eod. die Fortdauer des Besitzes behaupteten, folgten Pomponius, arg. leg. 31. eod.:

> Si colonus *non deserendae possessionis causa* exiisset de fundo, et eo rediisset, eundem locatorem possidere placet,

und African in l. 40. §. 1. eod.:

> Mortuo colono non statim dicendum, possessionem interpellari sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. *Aliud existimandum est, si colonus sponte possessione discesserit.* Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit,

der entgegengesetzten Ansicht. Zwar leugnet dies v. Savigny §. 33. aber nur, indem er gegen die Flor. und die bei weitem meisten Vulgatmss. statt: *aliud* existim. est lesen will *idem* exist. e. — Justinian entschied sich in einer eigenen Verordnung, die gerade dazu bestimmt war, diesen Streit zu schlichten, in der abgedruckten l. 12. C. de poss., für die erstere Meinung, also dahin, daß der Besitz nicht verloren gehen solle.

2) Der Stellvertreter hat wirklich einem Dritten den Besitz tradirt, oder es hat schon ein Dritter den verlassenen Besitz wirklich ergriffen. Hier ging die, so viel wir wissen, einstimmige Meinung der römischen Juristen dahin, daß der Besitz allerdings verloren sei, vgl. l. 33. §. 4. de usurp. (41, 3), l. 40. §. 1., l. 44 §. 2. de poss., und wenn für diesen Fall v. Savigny §. 33. einen Streit der römischen Juristen behauptet, so wird dies durch die dafür angeführte l. 3. §. 9. de poss. gewiß nicht bewiesen, denn wenn hier Paulus sagt: **constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus,** so dürfen diese Worte doch gewiß nicht so aufgefaßt werden, als wenn darin alle möglichen Arten des Besitzverlustes erschöpft sein sollten. Schon darum kann man nicht mit v. Savigny a. a. O. annehmen, daß die gerade auf Entscheidung eines Streites gerichtete l. 12. C. cit. sich auch auf diesen Fall beziehe, und die Worte: *alii prodiderit* sind nicht dagegen, wenn man nur damit die gleichfolgenden verbindet: **ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere,** woraus hervorgeht, daß hier blos an das dolose, einseitige Aufgeben des Besitzes gedacht ist. In der That wäre es aber auch schwer zu begreifen, wie die Kompilatoren, wenn durch l. 12. cit. das frühere Recht hätte geändert werden sollen, doch in den Pandekten ganz bestimmte Aussprüche für die entgegengesetzte Meinung hätten aufnehmen können, ohne auch nur eine einzige Stelle für die durch sie gebilligte Ansicht zu rezipiren. Man muß daher gewiß mit Hufeland, Besitz S. 163 fgg., Fritz, Erläutr. S. 230 fgg., Sintenis prakt. Zivilr. I. S. 463. Not. 25. und vielen Anderen annehmen, daß durch l. 12. cit. das frühere Recht in dieser Beziehung nicht geändert worden sei, und daß also noch immer, wenn der Stellvertreter wirklich tradirte, oder wenn ein Dritter sich in den verlassenen Besitz wirklich einsetzte, der Besitz für den Prinzipal verloren sei. Doch ist neuerlich wieder die entgegengesetzte Ansicht von Löbenstern in der Gießer Zeitschr. IX. S. 388 fgg. vertheidigt worden, aber freilich so, daß seine Ausführung wohl schwerlich einen Proselyten machen wird; siehe jedoch auch Kierulff Theorie I. S. 398, Mühlenbruch §. 237 bei Not. 21, u. A. m.

IV. Von der juris quasi possessio. §. 210.

Savigny §. 44 fgg. S. 574 fgg., Roßhirt im ziv. Arch. VIII. S. 1 fgg. bes. S. 26 fgg., Buchholtz Versuche Nr. 8. S. 75 fgg., Heerwart in der Gießer Zeitschr. XII. S. 143 fgg., Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht II. S. 26 fgg., Pfeifer Besitz §. 38 fgg. S. 121 fgg., Bruns Besitz S. 77 fgg. 119 fgg. 128 fgg. 185 fgg. 237 fgg. 274 fgg. 328 fgg. 372 fgg. 383 fgg. 406 fgg. 420 fgg. 475 fgg.

1) *Javolen.* l. 20. de servit. (8, 1): Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

2) *Celsus* l. 7. de itin. actuque priv. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.